I rom. M.
385 m - 5

Oprrbrck

Meditationen
über
verschiedene
Rechtsmaterien

von
zweien Rechtsgelehrten

August Wilhelm Overbeck
Stadtsyndikus in Lipstadt

und

Bernhard Ludewig Overbeck
Fürstlich Lippischem Amtsrathe in Schwalenberg.

Fünfter Band.

Neue verbesserte Auflage.

Hannover
im Verlage der Hahnschen Buchhandlung.
1800.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorbericht
zu dieser neuen Auflage.

Von diesem 5ten Bande liefern wir nun auch eine neue Auflage, welche fast durchgängig verbessert ist, und bey der wir die neuere Litteratur, so viel wir konnten,

 nach-

nachgeführt, auch aus dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten, die zu diesen Meditationen passenden Stellen, an den gehörigen Ort mit eingerückt haben. Wir hoffen, daß diese neue Auflage eben die günstige Aufnahme finden werde, welche die dritte Auflage von dem 1ten und 2ten Bande erhalten hat.

Ver-

Verzeichniß

der Meditationen des fünften Bandes.

269.

Ein Verschwender kann, ehe er gerichtlich für einen solchen erkläret worden ist, gültig contrahiren. S. 1

270.

Ein Verschwender hat auf den Gütern seines Kurators eine stillschweigende Hypothek. 10

271.

Die Gläubiger haben keine stillschweigende Hypothek auf den Gütern des curatoris bonorum. 13

272.

Die Einrede des nicht gezahlten Geldes findet nach den römischen Gesetzen, nach Verlauf zweyer Jahre, nicht mehr statt, wenn auch gleich derjenige., der sich derselben bedienet, den Beweis davon übernehmen will. 16

273.

Die Einrede des nicht gezahlten Geldes findet vor Ablauf der zwey Jahre, auch in dem Falle statt, wenn der Schuldner in der Handschrift bekannt hat, daß er vor einiger Zeit das Geld empfangen habe. S. 37

274.

Die Einrede des nicht gezahlten Geldes findet vor Ablauf von zwey Jahren, auch in dem Falle statt, wenn einer nicht die ganze Summe, worüber er eine Handschrift ausgestellt hat, sondern nur einen Theil derselben empfangen hat. 41

275.

Ueber den Beweis schuldiger Pachtgefälle aus dem Saal- oder Lagerbuche und deren Verjährung. 44

276.

Bey Bestimmung der Entschädigung wegen nicht zur festgesetzten Zeit gelieferten Pachtfrüchte, siehet man auf den höchsten Werth, den dieselben nach dem Verzug bis zum richterlichen Erkenntnisse gehabt haben. 79

277.

Ein Bürger kann von dem Retrakt nicht ausgeschlossen werden, wenn er gleich nicht in der Stadt wohnt, wo er das Bürgerrecht hat. 86

278.

Ein Ehemann, der wegen seines verschuldeten Zustandes seiner Frau den Brautschatz hat restituiren müssen, kann denselben wieder zurückfordern, wenn

wenn er in bessere Vermögensumstände geräth. S. 89

279.

In possessorio summariissimo findet die Appellation wider ein, den Besitzstand entscheidendes Urtheil, nicht statt. 94

280.

Die Gewähr muß auch in Absicht derjenigen Sachen, die einem andern durch einen Vergleich überlassen worden sind, geleistet werden. 98

281.

Der Beweisführer kann sich in erster Instanz auch alsdenn noch der Eideszuschiebung bedienen, wenn er durch die vorhin gebrauchten Beweismittel nichts erwiesen hat. 102

282.

Wenn jemand einen Richter mittelst des iuramenti perhorrescentiae rekusiren will, so muß er die Ursachen des Verdachts wenigstens anführen, und wahrscheinlich machen. 108

283.

Der Eid giebt einem, über die im Testamente hinterlassenen Alimente, abgeschlossenen Vergleiche, keine Verbindlichkeit. 117

284.

Das Vorzugsrecht, welches den Ehefrauen in Absicht ihres Brautschatzes zusteht, geht auch auf ihre Kinder und Enkel über. 123

285.

Das Vorkaufsrecht findet bey neu erworbenen Gütern nicht statt. S. 133

286.

Ein Bürge kann von dem, für den Hauptschuldner bezahlten Kapital und den Zinsen wieder von beyden Posten Zinsen verlangen. 137

287.

Nach dem römischen Rechte, steht den Städten kein stillschweigendes Pfandrecht an den Gütern ihrer Rechnungsführer zu. 146

288.

Ein bey dem Pfandkontrakte eingegangener kommissorischer Vertrag ist ungültig, wenn auch gleich derselbe mit einem Eide bestärkt worden ist. 153

289.

Die Litisdenunciation muß auch alsdenn geschehen, wenn gleich derjenige, wider welchen der Regres einem zusteht, von dem geführten Rechtsstreite Wissenschaft gehabt hat. 158

290.

Eine Kirche ist auch zur Litisdenunciation verpflichtet, und verlieret, wenn sie solche unterlassen hat, ihren Regres. 163

291.

Ueber Remission des Pachtgeldes und Pachtskorns, bey erlittenen Unglücksfällen, an den Früchten. 167

292.

In der Appellationsinstanz können über die, in erster Instanz bereits gebrauchten Beweisartikel, neue Zeugen abgehört werden. S. 176

293.

Ein Testament der Eltern unter ihren Kindern, welches einem der Kinder in Verwahrung gegeben ist, und nach dem Tode des Vaters von dem Kinde producirt wird, ist deswegen nicht ungültig. 181

294.

Durch die Nov. 18. Kap. 1. ist der Pflichttheil der Geschwister gleichfalls vermehrt. 187

295.

Ueber den Umstand: ob ein Testament erzwungen sey? kann dem, in einem solchen Testament eingesetzten, Erben, der Eid zugeschoben werden. 192

296.

Eine Ehefrau hat in Absicht der ihr von ihrem Ehemann zu bezahlenden Alimenten keine Hypothek auf den Gütern ihres Ehemanns. 196

297.

Ein Bürge verliert die Einrede der Vorklage (beneficium ordinis), wenn er die Bürgschaft im Gericht vorsetzlich ableugnet, und solcher nachher überführt wird. 201

298.

Wenn Mann und Frau in Gemeinschaft der Güter leben, so kann erstrer ohne Einwilligung der letztern, das Gemeingut nicht gültig mit Schulden beschweren, oder solches veräußern. S. 207

299.

Wenn bey einem Wiederkauf die Kontrahenten wegen des, bey eintretendem Wiederkauf zu bezahlenden, Preises nicht bestimmt haben, so ist der Wiederkäufer verbunden, die Sache für eben den Preis wieder zurück zu geben, wofür er dieselbe ehedem erhalten hat. 265

300.

Eine geschwächte Person kann auch alsdenn auf eine Ausstattung klagen, wenn ihr gleich der verehlichte Zustand des Stuprators bekannt gewesen ist. 270

301.

Eine Wittwe verliert das ihr von einem Fremden, unter der Bedingung: daß sie in ihrem Wittwenstande bleiben solle; ausgesetzte Vermächtniß, wenn sie diese Bedingung nicht erfüllt, und zur zweyten Ehe schreitet. 274

302.

Ein Vermächtniß, das unter der Bedingung: wenn einer heyrathen würde: hinterlassen ist, kann nicht eher als bis nach erfolgter Heyrath gefordert werden. 283

303.

Wenn der Bürge sich zu mehrern verpflichtet hat, als der Hauptschuldner zu leisten schuldig ist, so ist deswegen die ganze Bürgschaft nicht ungültig. S. 289

304.

Ob ein Privilegium real oder personal sey, muß mehr aus dem Sinn desselben, als aus dessen Worten dargethan werden, und läßt sich hierüber keine bestimmte Regel angeben. Ein Fall davon: 298

305.

Der Aufschub, welchen der Gläubiger seinem Schuldner giebt, hat nicht die Würkung, daß der Bürge von seiner Bürgschaft frey werde. 312

306.

Die L. 27. ff. de reb. cred. geht auch auf Dörfer und andre Gemeinheiten. 326

307.

Die L. 27. ff. de reb. cred. geht nicht auf andre mit einer Stadt geschlossene Kontrakte. 329

308.

Der auf einer gekauften Sache vor Uebergabe derselben von dem Verkäufer, oder einem Dritten gefundne Schatz gehört nicht dem Käufer. 334

309.

Ein mündliches mystisches Testament ist ungültig. S. 343

310.

Wem die Schaaf=Trift nur auf eine gewisse und bestimmte Anzahl Schaafe zusteht, der darf die Lämmer, so bald sie abgesetzt sind, nicht mit weiden. 349

311.

Der Verkäufer kann nicht wegen einer Läsion gegen den Käufer klagen; wenn dieser auf dem gekauften Grundstück, nach geschehener Uebergabe, einen Schatz gefunden hat. 353

---

269. Meditation.

Ein Verschwender kann, ehe er gerichtlich für einen solchen erklärt worden ist, gültig contrahiren.

§. 1.

Im juristischen Sinne, ist nicht jeder Mensch gleich ein Verschwender, welcher mit seinem Vermögen nicht haushälterisch umgeht. Nur einen solchen Menschen kann man dazu rechnen, der eine, für sein Vermögen so nachtheilige Wirthschaft anfängt und fortsetzt, daß, wenn derselben kein Einhalt geschieht, der Verlust des Vermögens und mit diesem, nachherige Armuth dieses Menschen, Folge davon ist. a)

Des-

a) *L. 12. §. 2. ff. de tutor. et curator.* Non est novum, quosdam, et si mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut nisi subveniatur his, deducantur inegestatem: eligendus itaque erit, qui eos consilio regat; nam aequum est, prospicere nos etiam eis, qui, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum.

Deswegen ist denn auch in den Gesetzen weise verordnet, daß wenn dergleichen schlechte Haushälter, nach vorher von der Obrigkeit angestellter Untersuchung, öffentlich für Verschwender erklärt sind, ihnen die Verwaltung ihres Vermögens untersagt, und ein Kurator gesetzt werden solle. Ob nun ein solcher, ehe er nach vorhergegangener Untersuchung gerichtlich für einen Verschwender erklärt worden ist, auf eine rechtsgültige Art, für sein Vermögen lästige Kontrakte abschließen könne? ist eine Frage, die besonders von ältern Rechtsgelehrten b) bezweifelt wird; welche nemlich behaupten, daß, sobald einer anfange ein Verschwender zu seyn, dieser dadurch die freie Disposition über sein Vermögen verliere.

§. 2.

Ehe wir den Ungrund dieser Meinung zeigen, wollen wir hier einen Fall anführen, der zu einer nähern Erörterung jener Frage Anlaß gab

L. 1. *pr. de curator furios.* Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi &c.

b) *Fachinaei* Contr. iur. lib. 2 contr. 63. *Harprecht* ad §. 3 et 4 J. de Curator.

gab. Titius, welcher in einigen Jahren einen beträchtlichen Theil seines ansehnlichen Vermögens auf eine ganz verschwenderische Art herdurch gebracht hatte, verkaufte eines seiner Grundstücke an den Kajus. Bald nach diesem Verkauf wurde die Obrigkeit auf die Lebensart des Titius aufmerksam, und durch die Klagen seiner Verwandten bewogen, demselben die Verwaltung seiner Güter zu untersagen und ihm einen Kurator zu setzen. Dieser nun wollte den zwischen dem Titius und Kajus geschlossenen Kauf nicht gelten lassen, sondern focht denselben als nichtig an.

§. 3.

Um diese Meinung zu beweisen, bezog sich der klagende Kurator auf einige Gesetze c), in welchen gesagt wird, daß einem Verschwender durch die Gesetze die Verwaltung seiner Güter schon untersagt seyn. Wenn also durch die Gesetze dem Verschwender die freie Disposition

über

c) *L. 1. pr. ff. de curat. furios. et aliis extr. min. dand.* Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando pro-

über das Seinige genommen sey; so folge hieraus auch, daß ein solcher keine verbindliche Kontrakte schließen könne, da er auf alle Fälle immer gegen die Gesetze handle, und solche Handlungen null und nichtig wären d). Hierzu komme noch, daß in den Rechten ein Verschwender und Unsinniger einander gleich geachtet würden e); man könne also auch vom leztern auf erstern schließen; und da ein Unsinniger bekanntlich sich nicht verbinden könne f), so könne es auch eben so wenig ein Verschwender.

§. 4.

profudit, curatorum ei dare exemplo furiosi. — *L.* 18. *ff. qui testam. fac. poss.* Is, *cui lege bonis interdictum est*, testamentum facere non potest, et si fecerit ipso iure non valet. *L.* 5. §. 1. *ff. de adqu. vel omitt. hered.* Eum, *cui lege bonis interdicitus*, heredem institutum posse adire hereditatem constat.

d) *L.* 5. C. *de legib.* Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.

e) *L.* 40. *ff. de reg. jur.* Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

f) §. 8. *J. de inut. stipul.* Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit. *L.* 1. §. 12. *ff. de oblig. et act.* Furiosum, sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est.

§. 4.

Allein so ist doch wohl gewiß, daß alles dasjenige, was in facto beruhet, untersucht und erwiesen werden müsse. Ob die Handlungen, aus welchen man eine Verschwendung herleiten will, würklich unternommen sind: ob diese sich auch dazu, daß einer für einen Verschwender könne erkläret werden, qualificiren; das alles muß erst die anzustellende Untersuchung lehren. Wie könnte man sich bey einem so wichtigen Falle, als der ist, da jemanden die Verwaltung der Güter genommen wird, blos auf das Urtheil des Publikums verlassen. Ist nicht oft mancher in den Augen desselben ein Verschwender, der es in der That nicht ist, und wird nicht im Gegentheil oft ein Verschwender für einen haushälterischen Mann gehalten? Wie läst sich also, ohne vorhergegangene genaue Untersuchung ausmachen, was hiebey wahres oder nicht wahres sey. Andere Nachtheile nicht zu gedenken, die hieraus fürs Ganze entstehen würden.

§. 5.

Doch wir haben nicht nöthig, den Beweis unsers Satzes so weit herzuholen, da dieser durch die Gesetze hinlänglich unterstützt wird. Die Gesetze sagen es ganz deutlich, daß nur derjenige, dem durch den Praetor die Verwal-

tung der Güter untersagt sey, nichts von demselben veräussern könne g); sie führen selbst einen Fall an, da auf die Klage einer Mutter, ihrem verschwenderischen Sohn ein Kurator gesetzt ist h); ja sie erkennen selbst das Testament, welches ein Verschwender, ehe er für einen solchen erklärt worden ist, gemacht hat, für gültig i). Alle diese und noch mehrere Umstände, die wir hier anzuführen Bedenken tragen, lehren mehr als zu deutlich, daß, wenn man auf die rechtlichen Wirkungen siehet, keiner für einen Verschwender im juristischen Sinne gehalten werden könne, der nicht gerichtlich dafür erkläret ist; daß mithin auch alle die Kontrakte, die

g) *L. 10. pr. ff. de curat. furtos. et alii extr. min. dand.* Julianus scribit, eos, quibus per Praetorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eius deminutio sit interdicta. *L. 6 ff. de verb oblig.* Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari.

h) *L. 12. §. 2. ff. de tutor. et curat. dat. ab his.* Der Inhalt dieses Gesetzes ist in der Note a) angeführt.

i) §. 2. *J. quib. non est perm. fac. test.* Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest, sed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.

die vor einer solchen Erklärung geschlossen sind, gültig bleiben müssen k); so wie denn auch in dem angeführten Falle auf die Gültigkeit des Kontrakts erkannt wurde.

§. 6.

Diesen allen stehen nun auch die gegenseitigen Gründe nicht entgegen. Denn wenn gleich wie die, im §. 3. angeführte, *L. 1. ff. de cur. fur.* sagt, nach dem Gesetz der 12 Tafeln einem Verschwender die Verwaltung der Güter untersagt gewesen ist: so folgt doch noch nicht, daß dies ohne gerichtliche Untersuchung geschehen sey; und wenn dies auch gewesen wäre, so lehren doch die folgenden Worte: *sed solent hodie Praetores* etc. daß hierhin eine Abändrung gemacht worden ist.

Eben so wenig kann hier, die in den Gesetzen gemachte Vergleichung eines Verschwenders mit einem Unsinnigen, etwas bewürken. Denn beyde sind nur darin einander gleich, daß sowohl dem Unsinnigen, als dem Verschwender ein Kurator gesetzt wird. Zudem sagt ja die

k) *Gail.* lib. 2. obs. 51. *Carpzov* part. 3. const. 6. def. 10. n. 3. *Stryk* Caut. contr. sect. 1. Cap. 2. §. 14. *Böhmer* Cons. et resp. Tom. 1. resp. 631. *Wernher* part. 5. obs. 178. *Leyser* sp. 349. m. 1. seq. *Hommel* Rhaps. obs. 409.

die *L. 40. ff. de reg. iur.* nicht, daß überhaupt ein Verschwender keinen Willen habe, sondern daß nur einem solchen die Verwaltung seiner Güter untersagt sey; und dies kann doch nur, nach vorhergegangener gerichtlicher Untersuchung, und darauf erfolgter öffentlicher Erklärung geschehen.

§. 7.

In dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten ist hierüber folgendes verordnet.

Th. 1. Tit. 1. §. 30. Verschwender sind, welche durch unbesonnene und unnütze Ausgaben, oder durch muthwillige Vernachläßigung ihr Vermögen täglich vermindern, oder sich in Schulden stecken.

Th. 1. Tit. 5. §. 15. Die Unfähigkeit eines Verschwenders, sich durch Verträge zu verpflichten, nimt mit der Mittagsstunde desjenigen Tages ihren Anfang, an welchem das Blatt der öffentlichen Anzeigen, dem die gerichtliche Bekanntmachung zuerst einverleibt ist, ausgegeben worden.

§. 16. Doch kann derjenige, welcher weiß, daß ein Mensch wegen Verschwendung bereits gerichtlich angeklagt sey, aus einem mit demselben, auch vor der öffentlichen Bekantmachung geschlossenen Vertrage, kein Recht erlangen.

§. 17.

§. 17. Die Unfähigkeit des Verschwenders, sich durch Verträge zu verpflichten, dauert bis zur Mittagsstunde desjenigen Tages, an welchem die Wiederaufhebung der Vormundschaft verfügt wird.

---

270. Meditation.

Ein Verschwender hat auf den Gütern seines Kurators eine stillschweigende Hypothek.

§. 1.

Titius, welchem, wie wir in der vorhergehenden Meditation angeführt haben, wegen seiner verschwenderischen Lebensart ein Kurator muste gesetzt werden, änderte nach Verlauf einiger Jahre seine Lebensart, und wurde aus einem Verschwender, ein ordentlicher Haushälter. Hierdurch wurde denn die Obrigkeit veranlast, demselben die Verwaltung seiner Güter wieder zu überlassen. Hier nun, als der Titius seine Güter wieder übernahm, muste der Kurator wegen seiner geführten Administration Rechnung ablegen, bey welcher sich denn hervorthat, daß er jenem noch 300 Rthlr. schuldig blieb. Als in der Folge der Titius auf die Bezahlung dieses Bestandes drang, meldeten sich noch mehrere Gläubiger, so daß der Konkurs erkannt wurde.

§. 2.

§. 2.

Bey diesem Konkurs-Prozesse entstand zwischen den hypothekarischen Gläubigern und dem Titius, wegen des Vorzugsrechts ein Streit, indem von Seiten der Gläubiger behauptet wurde, daß dem Titius gar keine Hypothek auf den Gütern seines gewesenen Kurators zustehe; hingegen aber dieser sich die erste Hypothek zuschrieb, und also allen Gläubigern vorgesezt zu werden verlangte.

§. 3.

Es ist zwar wahr, daß einige Rechtsgelehrte a) den Verschwendern eine stillschweigende Hypothek auf den Gütern ihres Kurators absprechen. Aber uns scheinet es doch den Gesetzen weit angemessener zu seyn, wenn wir hier den Verschwendern gleiche Rechte, als den Minderjährigen angedeihen lassen b). Denn wenn es unstreitig ist, daß die Güter des Kura-

a) *Faber* in iurispr. Papinian. Tit. 12. ill. 2. *Bauer* de pign. pupilli. §. 34.

b) *Walch* introd. in contr. iur. recent. Sect. 1. cap. 2. membr. 3. §. 23. *Berlich* Concl. 17. nr. 15. col. 7. *Titius* iur. priv. Lib. 3. cap. 18. §. 2. *Carpzov* P. 2. const. 24. def. 10. *Berger* elect. discept. for. Tit. 45. obs. 2.

rators dem Unsinnigen verpflichtet sind c); warum sollen wir in in Absicht des Verschwenders eine Ausnahme machen, da doch dieser, den Gesetzen nach, so weit es nemlich die Verwaltung der Güter betrift, jenem gleich geachtet wird d). Ist nun dieses, so müssen ihm ja wohl eben die Rechte als jenem zukommen, und daß dieses so sey, lehret nicht blos die Ueberschrift des Titels, unter welchem die *L. ult. C. de curat. furios. et prodigor.* enthalten ist, sondern auch noch deutlicher die *L.* 15. §. 1. *ff. de curat. furios. et al.* worin es heißt: *in bonis curatoris privilegium furiosi, furiosaevae servatur. Prodigus et omnes omnino etiam, si in Edicto non sit eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur.* Es geschiehet hier also keine Ausdehnung von einem Falle auf den andern, da hier im Grunde ein und eben derselbe Fall da ist.

c) L. ult. C. de curat. furios. et prod.

d) §. 3. *J. de curat.* Furiosi quoque et prodigi licet majores viginti quinque annis sint, tamen sunt in curatione agnatorum ex !ege duodecim tabularum. — — *L.* 7. §. 12. *Quib. ex caus. in possess. eat.* Idemque et in prodigo dicendum est, caeterisque qui curatorum ope iuvantur.

271. Meditation.

Die Gläubiger haben keine stillschweigende Hypothek auf den Gütern des *curatoris bonorum*.

§. 1.

Wir haben schon bey mehrern Fällen bewiesen a), daß stilleschweigende Hypotheken sich keinesweges von einem Falle auf den andern erstrecken, sondern daß man in Ansehung derselben sich blos an die Gesetze halten müsse. Diesem rechtlichen Grundsatze gemäß behaupten wir also auch, daß den Gläubigern gar keine stillschweigende Hypothek auf den Gütern des curatoris bonorum zustehe b). Dies sagt auch nicht

a) Meditat. B. 1. Med. 3. 22. 35. B. 4. Med. 250.

b) *Carpzov* part. 2. dec. 135. *Berger* oecon. iur. lib. 2. Tit. 2. th. 2 not. 1. *Stephani* de privileg. creditor. §. 17. *Wernher* part. 7. obs. 66. nr. 12. J *Cti Tubing*. Vol. 2. cons. 42. nr. 42.

nicht undeutlich die *L.* 22. §. 1. *ff. de reb. auct. iud. possid.* sed si bonis curator datus sit vel absentis, vel ab hostibus capti, vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate non oportebit privilegium dari, non enim in eadem causa est. Dieses Gesetz redet nun zwar von dem Vorzugs-Rechte, welches mit der, dem Pupillen zustehenden stillschweigenden, Hypothek verknüpft ist, wie dies aus der vorhergehenden *L.* 19 klar ist. Allein wenn die Gesetze hier den Gläubigern eine stillschweigende Hypothek, gleich den Pupillen und Minderjährigen, hätten geben wollen, — wovon doch gar keine Spur in den Gesetzen anzutreffen ist, — warum solten sie denn denselben nicht auch das Vorzugs-Recht gelassen haben.

§. 2.

Man kann sich also gar nicht auf das Vorrecht solcher Personen, die unter der Kuratel stehen, berufen, vielweniger aber den Gläubigern eben die Rechte derselben zueignen. Denn nicht einmal zu gedenken, daß eine bloße Administration der Güter, kein hinlänglicher Grund einer stillschweigenden Hypothek ist; so ist überhaupt unter der Kuratel der Minderjährigen und der, die bey einem Konkurse statt hat, ein

ein großer Unterschied c); so daß also der Schluß von einer auf die andere in allem Betracht falsch ist.

c) *Ludovici* usus pract. dist. lib. 42. Tit. 7. dist. 1.

272. Meditation.

Die Einrede des nicht gezahlten Geldes, findet nach den römischen Gesetzen nach Verlauf zweyer Jahre nicht mehr statt, wenn auch gleich derjenige, der sich derselben bedient, den Beweis davon übernehmen will.

§. 1.

Die Einrede des nicht gezahlten Geldes hat die besondere Eigenschaft, daß, wenn solche in der gesetzlich bestimmten Frist einer ausgestellten Handschrift entgegen gesetzt wird, der Schuldner nicht den Beweis derselben zu übernehmen nöthig hat, sondern der Gläubiger beweisen muß, daß er das Geld gezahlet habe. Soll sie aber bey einer Handschrift diese Wirkung hervorbringen; so muß sich der Schuldner solcher innerhalb zwey Jahren, von der Zeit der ausgestellten Handschrift angerechnet, bedienen; denn nach verflossenen zwey Jahren verliert sie nicht nur diese Wirkung, sondern sie findet alsdenn auch gar nicht mehr statt, selbst denn nicht, wenn

wenn auch der Schuldner sich zum Beweise derselben erbieten sollte a).

§. 2.

Wir wissen zwar wohl, daß diese unsre Meinung von vielen Rechtsgelehrten b) nicht nur an-

a) *Fachinei* cont. iur. lib. 2 cap. 81. *Berger* Elect. disc. for. Tit. 2. obs. 4. *Vinnius* select. iur. qu. Lib. 1. cap. 41. *Wernher* part. 1. obs. 6. *Hommel* Rhaps. obs. 280. *Böhmer* intr. in ius dig. Tit. de reb. cred. §. 25. *Helfeld* iurispr. for. §. 788. *Bodinus* de litterar. obligat. a Doctor. error. vindic. §. 4. inf. *Slüter* de except. non num. pec. *Madihn* de vera indole litter. oblig. et. exc. non num. pec. *Hommel* Rhaps. Vol. 1. obs. 250. Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 879. am Ende. Höpfners Commentar über die Heinec. Institut. §. 851. Hingegen tritt er im §. 858. der mit der Praxis mehr übereinstimmenden billigern Meinung bei, daß die exceptio non numeratae pecuniae auch noch nach 2 Jahren statt habe.

b) *Perez* ad eod. Tit. de non num. pec. nr. 14. *Carpzov* part. 1. const. 32. def. 66. *Schilter* prax. iur. rom. ex. 22. §. 31. *Coler* de proc. exec. part. 1. cap. 11. nr. 253. *Mevius* P. 2. dec. 22. P. 4. dec. 266. *Cocceji* Jus. cont. Lib. 12. tit. 1. qu. 29. *Lauterbach* Col. th. pr. Tom. 1. lib. 12. §. 3.

angefochten ist, sondern daß auch selbst nach dem Gerichtsgebrauch, in den mehrsten Ländern, der

Faber ad. C. lib. 4. Tit. 22. def. 1. *Richter* part. 1. dec. 22. nr. 12. *Sande* decis. Fris. lib. 3. Tit. 2. dec. 1. *Christinaei* decis. part. 3. dec. 37. *Brunnemann* ad Leg. 13. C. de non num. pec. *Sim. v. Leuven* cens. for. lib. 4. cap. 14. nr. 5. *Struv* ex. 16. §. 50. *Suendendörfer* de exc. non num. pec. §. 7. *Zoll* de except. non num. pecun. th. 5. *Leyser* sp. 132. Med. 9. sp. 530. Med. 4. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 65. **von Braun** Abhandl. ob es eine blos eingebildete Billigkeit sey, wenn die Rechtsgelehrten dem Beklagten nach zwei Jahren noch mit der Ausflucht des nicht bezahlten Geldes hören, und mit dem Beweise zulassen, in Siebenkees jurist. Magazin B. 1. Nr. 14. S. 216. **Weber's** Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, Betrachtung 9. S. 102. f. **Klein's** merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristenfacultät B. 1. Nr. 7. S. 65. **Köchy** Meditationen B. 1. Nr. 13. Dieser hat, in seinen, erst später wie die unsrigen herausgegebenen, Meditationen, am angeführten Orte S. 165, aus dem römischen Rechte, hauptsächlich die *L. 25. §. ult. ff. de probat.* für seine behauptete Meinung angeführt. Es heißt darin: Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est: Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, *et indiscrete loquitur*, tunc eum, in quem cautio expo-

der Schuldner mit jener Einrede zugelassen werde, wenn er den Beweis derselben übernimmt: da es uns aber nicht um Meinungen der Rechtsgelehrten, und das, was durch den Gerichtsgebrauch eingeführt ist, sondern vielmehr darum zu thun ist, was die Gesetze deshalb verordnen; so verdienet unsre Meinung vor der gegenseitigen, nach dem römischen Rechte, auf alle Fälle den Vorzug.

§. 3.

Nach dem ältern Rechte, stand die Einrede des nicht bezahlten Geldes dem Schuldner ganzer

posita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit: nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eadem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse. Allein nach unsrer Meinung kann dieses Gesetz, in Entscheidung der Streitfrage keinen, so ganz unbezweifelten Ausschlag thun. Denn das Gesetz redet ganz deutlich von einer Handschrift, welche keine Schuldursache (causa debendi) enthält, in unserm Falle ist aber von einem Darlehn, das ist von einem solchen Handschrifts-Kontrakte die Rede, in welchem die Schuldursache ausgedrückt ist. Und daß unter beiden ein großer Unterschied sey, ist bekannt.

zer 5 Jaher zu. Justinian, der das harte und unbillige, das hieraus für die Gläubiger entstand, einsah, wurde dadurch bewogen, jene Zeit auf zwey Jahre einzuschränken, *sed ne creditores*, sagte er J. Tit. de litter. oblig. *diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.* Soll also der Endzweck, welchen Justinian bey dieser, von ihm gemachten, Einschränkung gehabt hat, nicht vereitelt werden, so dürfen wir hier, so bald die zwey Jahre verflossen sind, dem Schuldner auch nicht weiter mit seiner Einrede hören; und daß dies auch nicht geschehen müsse, lehren die Schlußworte *ut ultera biennii* u. s. w.

§. 4.

Welchen Vortheil würde auch wohl den Gläubigern durch eine solche Einschränkung zuwachsen? Etwa der, daß sie alsdenn den Beweis nicht zu führen verbunden sind; wie gering ist aber dieser Vortheil, in Vergleichung des Nachtheils, der hiebey für die Gläubiger entsteht, da alsdenn durch jene Einrede der Schuldner sie mit der Bezahlung hinhalten kann, und sie also des ihrigen lange Zeit entbehren müssen. Und würde es nicht gänzlich der Natur des contractus litteralis zuwider seyn, nach welchem der Schuldner blos durch seine Hand-

schrift verbunden wird, wenn man hier die gegenseitige Meinung annehmen wollte? denn alsdenn würde diese Verbindlichkeit nicht aus der Handschrift, sondern aus der geschehenen Zahlung entspringen.

§. 5.

Diese allgemeinen Gründe bewahrheiten schon die Richtigkeit unsrer Meinung. Allein wir haben noch wichtigere Gründe für uns, um unsre Meinung beweisen zu können. Unsre Gesetze sagen es ganz deutlich, daß nach Ablauf der zwey Jahre der Schuldner schlechterdings zur Bezahlung verpflichtet sey c): sie wollen, daß, so bald diese Zeit verflossen ist, die Einrede des nicht gezahlten Geldes gar nicht mehr Statt finden solle d); ja sie wollen zum Beweise der-

c) *L.* 8. *C. de non num. pec.* — Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore, minime deducto, *omnimodo haeres eius, etiam si pupillus sit, debitum solvere compellitur.*

d) *L.* 14. *pr. C. eod. tit.* In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res, numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium — quod antea constitutum erat — non numeratae pecuniae exceptionem objicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, *sed intra solum*

selben nicht einmal die Eideszuschiebung zulassen e). Lauter Gründe, die deutlich genug beweisen, daß jene Einrede an den festgesetzten Zeitraum schlechterdings gebunden sey.

§. 6.

Aber so sezt man uns entgegen; es ist wahr, daß die Gesetze nach Ablauf der zwey Jahre die Einrede des nicht gezahlten Geldes nicht verstatten; aber dieses ist nur von dem Fall zu verstehen, daß nemlich alsdenn der Gläubiger nicht schuldig sey, den Beweis zu führen, sondern daß im Gegentheil der Schuldner den Grund jener Einrede beweisen müsse! — Von diesem Unterschiede sagen aber jene Gesetze nicht nur nichts, vielmehr ist dessen Ungrund aus denselben ganz klar. Denn was heißen die Worte: *omnimodo debitum solvere compellitur*, und *ut eo lapso nullo modo querela non numeratae pecuniae nullo modo introduci possit:* anders, als daß der Schuld-

lum biennium continuum, ut eo lapso, nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit.

e) *L. 14. §. 3. C. eod. tit.* Illo videlicet semper observando, ut, in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerre liceat.

Schuldner schlechterdings zu bezahlen verbunden seyn.

§. 7.

Aber ist es nicht hart für einen Schuldner, der, wenn er von seinem Gläubiger nach Verlauf von zwey Jahren verklagt wird, und wirklich kein Geld empfangen hat, dennoch bezahlen muß, ohne sich jener Einrede bedienen zu können? Es würde hart seyn, wenn die Gesetze demjenigen, der in Hoffnung das Geld zu erhalten eine Handschrift ausgestellet, und doch das Geld nicht erhalten hat, keine Mittel gegeben hätten, sich zu schützen und sicher zu stellen; da es ihm frey steht, eine solche Handschrift durch die condictio causa data, causa non secuta, oder durch die querela non numeratae pecuniae wieder zu fordern, oder seinen Gläubiger *ex L. si contendat* zu provociren. Unterläßt er nun dieses, so hat er die daraus entstehenden Folgen ja keinem, als sich selbst beyzumessen. Um aber sich dieser Mittel zu bedienen, muß er auch in der gehörigen Zeit klagen, da ebenfalls nach zwey Jahren keine Klage dieserhalb mehr statt findet f). Hievon ist denn nun auch weiter die

f) *L. f. C. de cond. ex leg.* Si non est numeratum, quod velut acceptum te sumsisse mutuo scripsisti, *et necdum transiisse tempus statutum*, vel intra hunc diem habitam contesta-

Folge, daß, sobald die Klage erloschen ist, auch die Einrede, die mit derselben gleichen Zweck hat, erloschen sey g).

§. 8.

Doch wir wollen auch hören, was die Gegner zur Vertheidigung ihrer Meinung anführen. Sie sagen, dadurch, daß der Schuldner die zwey Jahre habe ablaufen lassen, könne demselben doch nichts weiter genommen werden, als was er vorher gehabt habe. Da nun mit der Einrede des nicht gezahlten Geldes, der Vortheil für den Schuldner verbunden sey, daß er von dem Beweise derselben befreiet sey; so könne er, wenn er sich nach zwey Jahren dieser Einrede bedienen wolle, nichts weiter als diesen Vortheil verlieren.

§. 9.

Aber durch dieses Argument wird nichts bewiesen; denn durch die Gesetze ist dem Schuldner dadurch ein doppelter Vortheil zugestanden, daß er sich nemlich erstlich mit der Einrede des nicht bezahlten Geldes schützen kann, und zweitens, daß er von dem Beweise derselben frey ist. Um

stationem monstrando, reddi tibi cautionem praesidiali notione postulare potes.

g) *Wernher* L. c. nr. 4.

Um aber dieser Vortheile theilhaftig zu werden, muß sich der Schuldner jener Einrede innerhalb zwey Jahren bedienen. Es läßt sich also obiges Argument ganz füglich wider die Gegenseite anwenden. Denn wir geben zu, daß der Schuldner durch den Ablauf der zwey Jahre nichts mehr verliere, als er gehabt habe; da er nun aber, wie wir eben gesagt haben, nicht blos die Einrede des nicht gezahlten Geldes gehabt hat, sondern auch frey von dem Beweise derselben ist, so hat er auch beides durch den Ablauf der zwey Jahre verloren.

§. 10.

Allein sagen nicht die Gesetze deutlich, daß die Einrede des nicht gezahlten Geldes und der Arglist (doli) einander gleich wären h)? wenn nun die leztere Einrede beständig dauert i), so folgt

h) *L.* 3. *C. de non num. pec.* Si ex cautione tua, licet hypotheca data conveniri coeperit exceptione opposita seu doli, seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam, quo non impleto absolutio sequetur.

i) *L.* 5. §. 6. *ff. de dol. mal. et met. exc.* Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, *nam haec perpetuo competit*, cum actor, quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo

folgt ja wol, daß auch eben das von der ersten wahr seyn müsse! — Das fehlerhafte, welches in dieser Schlußfolge liegt, werden wir bald einsehen, wenn wir uns nur erinnern wollen, daß die Einrede der Arglist in die allgemeine und besondre (generalis et specialis) eingetheilet werde. Erstere findet statt, so oft wider alle Billigkeit zu des andern Schaden etwas gefordert wird; leztre, wenn man durch arglistige Ueberredung oder Verstellung zu einem Geschäfte verleitet ist.

§. 11.

Hieraus läßt sich nun der gegenseitige Einwurf bald heben. Die Einrede der allgemeinen Arglist, (doli generalis) konkurriret mit allen andern Einreden k), nicht aber die Einrede der besondern Arglist; denn dies ist eine für sich bestehende Einrede, die nur in den Fällen, wo die actio de dolo Statt hat, gebraucht werden kann

suo iure: is autem cum quo agitur non habet potestatem, quando conveniatur. *Conf. L. 6. C. de excep.*

k) *L. 2. §. 5. ff. de dol. mal. et met. exc.* Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus, doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Nam etsi inter ini-

kann l). Wenn nun in der *L. 5. §. 6. ff. de dol. mal. et met. exc.* gesagt wird, daß die exceptio doli beständig daure, so ist das nur blos von der exceptio doli specialis zu verstehen. So, um dies, was hier gesagt ist, noch deutlicher zu machen, steht dem Gläubiger, der sich die Zinsen von dem hergeliehenen Kapital auf einige Jahre hat vorausbezahlen lassen, die exceptio pacti oder doli generalis entgegen, wenn er eher das Kapital wieder zurückfordert m); sobald aber die Jahre verflossen sind, fallen beyde Einreden weg. Eben so ist es denn auch hier, daß sobald die Einrede des nicht gezahlten Geldes nicht mehr statt findet, auch die Einrede der Arglist nicht statt finden könne.

§. 12.

initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo dolose facit, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. *Conf. L. 4. §. 33. L. 12. eod. tit. L. 36. ff. de verb. oblig.*

l) *L. 5. C. de inut. stip.* Dolo vel metu adhibito, actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit: per doli tamen vel metus exceptionem summoveri petitio debet. *Conf. §. 1. J. de except. L. 5. §. 6. ff. de dol. mal. et met. exc.*

m) L. 57. ff. de pact. L. 2. ff. de doli mal. et met. exc.

§. 12.

Man sagt weiter, nach der *L. 7. C. de non num. pec.* stehe dem Schuldner, um die in der Hofnung Geld zu erhalten ausgestellte Handschrift wieder zu erhalten, eine Klage nemlich die condictio causa data causa non secuta zu n), da nun die *Condictionen* der Regel nach 30 Jahr dauren o), so müßte auch die Einrede des nicht gezahlten Geldes von gleicher Dauer seyn. —

Ob es nun gleich wahr ist, daß alle persönliche Klagen 30 Jahr dauern, so leidet doch diese Regel hier ihren Abfal, da, wie die in §. 5. angeführten Gesetze lehren, nach Ablauf der zwey Jahre so wenig eine Klage, als Einrede mehr statt findet.

§. 13.

Dies sind die Hauptgründe der gegenseitigen Meinung. Unbedeutend ist es, wenn man noch an:

n) *L. 7. C. de non num. pec.* Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere: et si actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.

o) L. 3. C. de praescr. 30 vel 40 annor.

anführet, daß durch den Ablauf einer gewissen Zeit so wenig eine Verbindlichkeit eingeführt, als aufgehoben werden könne p). Denn da hier durch klare Gesetze ein anders eingeführt ist, so kann jene Regel hier auch nichts beweisen.

§. 14.

Es giebt aber doch auch Fälle, wo der Schuldner noch nach Ablauf der zwey Jahre mit jener Einrede zugelassen wird. Der erste Fall ist bey Minderjährigen q), da wieder diese dergleichen Verjährungen nicht laufen; der zweyte, wenn einer wider eine solche in Hofnung um Geld zu erhalten, ausgestellte Handschrift,

p) L. 44. §. 1. ff. de obl. et act. §. 3. l. de verb. oblig.

q) *L. 5. C. in quib. caus. in intergr. rest.* Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae sub initio minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem expectamus aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, ne substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere, in omnibus caussis, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutio-

schrift, vor Ablauf der gesetzmäßigen Zeit gerichtlich protestiret, oder sie zurückgefordert hat, wobey aber der Beklagte solches beweisen muß r), der dritte, wenn entweder der Schuldner oder der Gläubiger durch Abwesenheit verhindert worden ist, gegen die Handschrift zu protestiren oder zu klagen, in welchem Falle er sich in vorigen Stand setzen lassen kann s).

§. 15.

tionem eis ſubveniebant, eas ipſo iure non currere: melius etenim eſt intacta eorum iura ſervari, quam poſt cauſam vulneratam, remedium quaerere: videlicet exceptionibus 30 vel 40 annorum in ſuo ſtatu remanentibus. *Confr. L.* 14. *C. de non num. ſpec.*

r) *L.* 14. §. 4. *C. de non num. pec.* In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum eſt, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel denunciationibus ſcripto miſſis querelam non numeratae pecuniae manifeſtare ei, qui numeraſſe eam vel alias res dediſſe inſtrumento ſcriptus eſt, vel *ſi abeſſe cum his locis, in quibus contractus factus eſt*, contigerit, in hac quidem alma urbe, apud quem libet ordinarium iudicem, in provinciis vero apud viros clariſſimos rectores earum, vel defenſores locorum eandem querelam manifeſtare, *eoque modo perpetuam ſibi exceptionem efficere. L. fin. C. de cond. indel.* Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 878. Nr. 8. S. 500.

s) *L. c.* 14. §. 4. *C. de non num. pec.*

§. 15.

Wir haben in gegenwärtiger Meditation bey Entscheidung dieser streitigen Rechtsfrage die römischen Gesetze vorhin zum Grunde gelegt, und hiernach diesen Fall beurtheilet. Jezt frägt es sich nun noch, ob nicht nach den Grundsätzen des geistlichen Rechts die gegenseitige Meinung den Vorzug verdiene. Dieses wollen wir nicht in Abrede stellen, da hiernach dem Aussteller eines Handscheins die Einrede des nicht gezahlten Geldes, nach Ablauf von 2 Jahren, so wie dem Aussteller einer Quitung nach 30 Tagen, wohl nicht abgesprochen werden kann.

§. 16.

Das *Cap.* 14. *X. de fide instrum.* sagt hievon:

> Si cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum, quod continetur in ea. Sed si causam propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem: confessioni tuae stetur, *nisi probaveris te id indebite promisisse* t).

Hier wird der Beweis, daß die in der Schuldverschreibung stehende Schuld nicht bezahlt,

t) S. auch *L.* 25. §. 4. *ff. de probat.*

zahlt, und der wirkliche Empfang indebite gestanden sey, nachgelassen, ohne eine Zeit deshalb festzusetzen. Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrte dieses Gesetz nicht von einer Handschrift, die über ein Darlehn gemacht worden ist, verstehen; allein da das Gesetz generel redet, so kann auch immer dieser Fall hierunter mit begriffen werden.

§. 17.

Ferner wird im kanonischen Rechte u) bekanntlich keine Verjährung zugelassen, wenn derjenige, welcher sie vorschützen will, in bösem Glauben (mala fide) ist. Dies würde hier aber geschehn, wenn der Empfänger der Schuldverschreibung oder Quitung, dem Aussteller, welcher nach der gesetzlichen Frist die Einrede des nicht gezahlten Geldes vorbrächte, damit zurückweisen wollte, weil sie nach diesem Zeitraum nicht mehr statt finde, folglich verjährt sey. Er wür-

u) *Cap. 20. X. de praescript.* Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis. Cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Vnde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte, rei habeat conscientiam alienae.

würde sich in diesem Falle mit dem Schaden eines andern bereichern; etwas sich anmaßen, was ihm nicht zustehet, und grade gegen die ersten Grundsätze der Moral handeln.

§. 18.

Bey Ertheilung einer Quitung, ist es auch sehr leicht möglich, und gewis nicht ungewöhnlich, daß solche vor dem Empfang des Geldes ausgestellt werde. Dies geschieht sehr oft von Handwerksleuten. Diese pflegen gern ihre Rechnungen zu quittiren, wenn sie mit begüterten Leuten zu thun haben, und sich gleich baare Bezahlung erwarten sind. Erfolgt diese nun nicht: so fordern sie, aus Höflichkeit oder Furcht, der andere mögte solches übel nehmen, oder ihnen ihren Verdienst künftig entziehen, die quittirte Rechnung nicht zurück; mahnen auch deshalb nicht gern um die Bezahlung, und so streicht ein Tag, eine Woche, ein Monat vorbey, ohne daß sie ihre Forderung erhalten. Auch ist diesen Leuten selten die Strenge der römischen Gesetze in diesem Falle bekannt: es würde daher immer hart seyn, ihnen alle Rechtshülfe zu versagen, wenn sie nach dem kurzen Zeitraum von 30 Tagen, den Beweis des nicht aus der Quitung empfangenen Geldes führen könnten und wollten.

§. 19.

Es frägt sich nun noch, wenn wir die billigern Grundsätze des geistlichen Rechts zur Entscheidung in dieser Sache annehmen, ob alsdenn auch die Einrede des nicht gezahlten Geldes, nach der gesetzlichen Frist, durch Eideszuschiebung erwiesen werden dürfe? Nach den Verordnungen des römischen Rechts würde dieses natürlich nicht angehen, weil hiernach überhaupt kein Beweis nach Ablauf des gesetzlichen Zeitraums, mehr zulässig ist, auch selbst dies ganz deutlich in der *L.* 14. §. 3. *C. de non numer. pecun.* verboten ist, wo es am Ende heißt: in his nec iusiurandum offerre licet.

Allein da wir jetzt nicht nach den Grundsätzen des römischen, sondern geistlichen Rechts urtheilen, so können uns auf den Fall jene nicht binden, sondern wir müssen die Eideszuschiebung, welche so gut, wie Zeugen und Urkunden, zu den Beweismitteln gehört, hier auch darnach allerdings zulassen.

Leyser nimmt zwar in *spec.* 132. *Corr.* 3 an, daß über die Einrede des nicht gezahlten Geldes, nach verflossenen zwey Jahren, die Eideszuschiebung nicht statt finde, hingegen solche über die Einrede des Betrugs oder Arglist zulässig sey. Dieses ist aber eine ganz unnütze Formalität. Denn da es in der Hauptsache nur dar:

darauf ankommt, ob man das Darlehn, worüber man eine Verschreibung ausgestellt, oder die Forderung, worüber man eine Quitung gegeben hat, wirklich erhalten habe, oder nicht, und daß man lezteres beweiset: so kann es dem Aussteller gleichviel seyn, die Einrede mag heißen, Einrede des Betrugs, oder des nicht gezahlten Geldes, genug, wenn er nur seinen Zweck erreichet.

§. 20.

In dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten wird hierüber im 11. Titel des 1. Theils folgendes verordnet.

§. 732. Der Schuldschein begründet die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann.

§. 733. Es gilt also auch das Geständniß der erhaltenen Valuta gegen den Aussteller so lange, als sich bei der Instruction der Sache nicht findet, daß dieselbe ganz oder zum Theil wirklich nicht gegeben worden.

§. 734. Diese Ausmittelung wird, durch nachherige Anerkenntnisse des Schuldners noch nicht ausgeschlossen.

§. 735. Der Einwand der nicht erhaltenen Valuta ist nicht nur gegen den ersten, sondern auch gegen jeden folgenden Inhaber in so weit zulässig, als überhaupt Einwendun-

gen gegen den Cedenten, auch dem Cessionario entgegengesetzt werden können.

§. 736. Daß der Schuldschein auf Ordre gestellt worden, macht dabei keinen Unterschied.

§. 737. Wie weit bei kaufmännischen auf Ordre gestellten Wechseln, eine Ausnahme statt finde, ist gehörigen Orts bestimmt.

§. 738. Bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das gerichtliche Hypothekenbuch bestimmt, und darin wirklich eingetragen sind, tritt die Vermuthung, daß Valuta nach dem Inhalte des Instruments wirklich gegeben worden, erst alsdenn ein, wenn der Schuldner innerhalb 38 Tagen nach erfolgter Eintragung, keine Protestation wegen nicht empfangener Valuta, im Hypothekenbuche hat vermerken lassen.

§. 739. Nach Verlauf dieser Zeit aber, entstehet nicht nur zu Gunsten des ersten Inhabers, aus dem Instrumente die Vermuthung der wirklich gegebenen Valuta, sondern es kann auch, wenn nach diesen 38 Tagen, und in der Zwischenzeit, wo keine Protestation eingetragen ist, das Instrument einem dritten cediret, oder verpfändet worden, der Schuldner sich des Einwands der nicht erhaltenen Valuta, gegen diesen dritten gar nicht bedienen.

---

273. Meditation.

Die Einrede des nicht gezahlten Geldes findet vor Ablauf der zwey Jahre auch in dem Falle statt, wenn der Schuldner in der Handschrift bekannt hat, daß er vor einiger Zeit das Geld empfangen habe.

§. 1.

Wenn der Schuldner nach ausgestellter Handschrift in einem besondern Schein, oder auch unter der Handschrift einige Zeit nachher, nochmals den Empfang des Geldes, wovon die Handschrift erwähnt, bekennet; so ist er dadurch der Einrede des nicht gezahlten Geldes verlustig, so daß er sich derselben künftig nicht bedienen kann a). Es muß aber, wie wir eben angeführt ha-

a) *L. 4. C. de non num. pec.* Cum fidem cautionis agnoscens, etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris, intelligis te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre.

haben, dieses Bekenntnis in einem besondern Schein, der aber mit der Handschrift nicht zu gleicher Zeit, sondern nachher ausgestellet worden ist, oder unter der Handschrift, jedoch eben so nachher geschehen seyn b); denn die in dem Schuldschein selbst anerkannte Bezahlung ist ohne Wirkung.

§. 2.

Wenn nun aber der Schuldner in der Handschrift bekannt hat, daß ihm z. B. vor einem halben Jahre 100 Rthlr. sein Gläubiger geliehen habe, hat dieses Bekenntnis denn nicht die Folge, daß der Schuldner jener Einrede verlustig werde? Wir glauben diese Frage verneinen zu müssen c). Denn fürs erste reden hier die Gesetze ganz generel, ohne diesen Unterschied zu machen; fürs zweyte ist auch gar kein Grund vorhanden, warum in einem solchen Falle die Einrede des nicht gezahlten Geldes nicht statt finden sollte, da es in der That hier einerley ist, ob man sagt, daß man das Geld jezt, oder vor einiger Zeit, d. i. ehe die Handschrift ausgestellet worden ist, empfangen habe. Eines so gut

b) Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. Bed. 107. Höpfners Commentar über die Heinec. Institutionen §. 852. S. 732.

c) *Zanger* de except. part 3. cap. 14. nr. 38. *Stryk* caut. contr. sect. 2. cap. 7. §. 9.

gut wie das andre kann in der Hofnung, Geld zu erhalten, geschehen seyn.

§. 3.

Die Gesetze, die dieser unsrer Meinung entgegen gesetzt werden d), widersprechen derselben auch gar nicht. Das erste Gesetz, worauf man sich beruft, ist die *L. 5. C. de non num. pec.* in welchem gesagt wird: *cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit*, und in dem zweiten der L. 13. C. eod. tit. *generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat.*

§. 4.

Beide Gesetze, wie eine nur etwas genaue Betrachtung derselben lehren wird, stehen uns gar nicht entgegen, da sie nicht von unserm, sondern von einem ganz andern Falle reden.

d) *Hunnius* ad Treutl. disp. Vol. I. disp. 20. th. 2. lit. c. *Zoll* de except. non num. pec. th. 10. §. 4.

Der Fall, von welchem in jenen Gesetzen geredet wird, ist, um das durch ein Beispiel deutlich zu machen, dieser: Titius war dem Kajus an Pachtgeldern 100 Rthlr. schuldig, und hatte über solche in der Folge eine Handschrift ausgestellt; wenn nun aus dieser Handschrift geklagt wird, so kann der Titius sich der Einrede des nicht gezahlten Geldes nicht bedienen. Denn hier kommt es, wie beide Gesetze sagen, nicht darauf an, ob das Geld gezahlet sey, sondern nur darauf an, ob der Titius dem Kajus das Geld aus einem rechtmäßigen gesetzlichen Grunde schuldig geworden ist. Daß diese Gesetze so verstanden werden müssen, lehren die in denselben enthaltenen Ausdrücke, *cum ex praecedente causa: iusta causa debiti praecesserit*, welche beweisen, daß hier eine andre causa debendi zum Grunde liege. Denn sollte diese gleich Anfangs in dem Darlehn liegen, so war es ja unnütz zu untersuchen, aus welchem Grunde die Forderung herrühre.

---

274. Meditation.

Die Einrede des nicht gezahlten Geldes findet vor Ablauf zweyer Jahre auch in dem Falle statt, wenn einer nicht die ganze Summe, worüber er eine Handschrift ausgestellet hat, sondern nur einen Theil derselben empfangen hat.

§. 1.

Der Titius wurde von dem Kajus aus einer noch nicht zwey Jahre alten Handschrift, nach welcher er demselben 120 Rthlr. schuldig war, belanget. Dieser Klage setzte der Titius die Einrede des nicht gezahlten Geldes entgegen, indem er vorgab, daß er jene Summe nicht völlig, sondern nur vorerst 50 Rthlr. empfangen habe, und daß bey Auszahlung dieser 50 Rthlr. ihm zwar von dem Kajus versprochen sey, die an der vollen Summe noch fehlenden 70 Rthlr. nachzuschicken, welches aber unterblieben wäre. Der Kläger wollte sich aber

auf diese, ihm entgegen gesezte, Einrede gar nicht einlassen, sondern behauptete, daß solche als völlig unstatthaft aus dem Grunde wegfallen müsse, weil der Beklagte eingestanden habe, daß ihm ein Theil der Summe ausgezahlet sey, und also die ganze Schuld dadurch anerkannt habe.

§. 2.

Nun verordnet zwar die *L. 4. C. de non num. pecun.* daß, wenn einer entweder einen Theil der Schuld oder Zinsen bezahlt habe, jene Einrede wegfalle a), und es ist auch eine allgemeine Rechtsregel, daß derjenige, welcher einen Theil der Schuld bezahlet, dadurch die Richtigkeit der ganzen Schuld erkenne b); allein beides konnte doch dem Kläger nicht zu Statten kommen. Denn so sagt die *L. 2. C. de non num. pec.* ganz deutlich, daß derjenige, welcher eine geringere Summe, als die in der Handschrift angegebene, empfangen habe, nichts mehr

a) Cum fidem cautionis agnoscens, etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris, intelligis te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre.

b) *L. 39. §. 1. ff. de oper. libert.* Sed iniquum est nec oportet liberto hoc indulgere, quia non debet ex parte obligationem comprobare, ex parte tanquam de iniqua queri.

mehr, als was er wirklich empfangen, zu bezahlen schuldig sey c), woraus also nothwendiger Weise folgt, daß in Absicht des nicht erhaltenen, die Einrede des nicht gezahlten Geldes auch statt finden müsse.

§. 3.

Hieraus ergiebt sich denn nun auch, daß uns so wenig die in dem vorhergehenden §. angeführte *L. 4. C. de non num. pec.* als die in der *L. 39. §. 1. ff. de oper. libert.* enthaltene gesetzliche Regel entgegen stehe. Denn es ist immer ein großer Unterschied zwischen demjenigen, der einen Theil seiner Schuld bezahlet, und demjenigen, der nicht alles erhalten hat, worüber er eine Handschrift ausgestellet hat. In dem erstern Falle geschiehet die Bezahlung aus freiem Willen des Schuldners, der sich also selbst beizumessen hat, wenn er auf eine Schuld was bezahlet, die er nicht völlig schuldig ist; in dem leztern Falle aber, muß der Schuldner die Zahlung von dem Gläubiger erwarten.

Nach diesen wurde denn auch der Kläger angewiesen, sich auf jene Einrede einzulassen.

275. Me=

c) Minorem pecuniam te accepiſſe, et maioris cautionem interpoſuiſſe, ſi apud eum, qui ſuper ea re cogniturus eſt, conſtiterit, nihil ultra quam accepiſſe, cum uſuris in ſtipulatum deductis reſtituere te iubebit.

275. Meditation.

Ueber den Beweis schuldiger Pachtgefälle aus dem Saal = oder Lagerbuche, und deren Verjährung.

§. 1.

Es ist bekanntlich so wol unter den ältern als neueren Rechtsgelehrten sehr darüber gestritten, ob solche Abgaben, Gefälle und Renten, die jährlich bezahlet werden (annui reditus), auch der Verjährung unterworfen sind. Viele a) behaupten, daß das Recht, solche jährliche Einkünfte einzu=

a) *Mynsinger* Cent. 3. obſ. 13. *Gail* Lib. 2. obſ. 73. *Perez* ad Cod. Lib. 7. tit. 39. nr. 10. *Carpzov* P. 2. conſt. 2. def. 1. *Lauterbach* Colleg. theor. pract. Lib. 41. tit. 3. §. 19. *Cramer* T. 2. P. 1. obſ. 552. *Leyſer* ſpec. 253. med. 1. 2. 3. 4. *Pufendorf* Tom. 1. obſ. 116. Tom. 2. obſ. 78. *Berlich* P. 2. concl. 4. *Groeneweg* de L. L. abrogat. ad L. 7. §. ult. C. de praeſcr. 30 vel. 40 annor. *Huber* Prael. iur. civ. P. 2. Lib. 6. Tit. 3. §. 13.

zufordern, gar nicht verjährt werden könne, und nur bey jedes Jahres Abgaben, eine 30 jährige Verjährung statt finde. Andere b) hingegen nehmen an, daß das Recht der Einforderung überhaupt, ebenfalls der Verjährung in 30 Jahren unterworfen sey.

§. 2.

Die Untersuchung über diese streitige Rechtsfrage geschah in einem, zwischen einem Pachtherrn und seinen angeblichen Pachtpflichtigen ent-

§. 13. *Hertius* Tom. 1. resp. 397. nr. 5. T. 2. r. 336. *Rave* doctr. de praescr. §. 122. von Selchow Rechtsfälle B. 4. Dec. 124. Beiträge zur juristischen Litteratur in den Preuße: Staaten Saml. 7. S. 27.

b) *Boehmer* Ius eccles. prot. Lib. 2. tit. 26. §. 5. 6. und in Exer. ad pand. ex. 85. *Richter* Decis. P. 1. dec. 21. nr. 48. *Lynker* Cent. 4. dec. 33. *Hahn* ad Wesenb. ad tit. de legat. annuis in fine. *Wernher* Tom. 3. P. 1. obs. 121. Buri Erleuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts pag. 785. seqq. oder 2. Abtheilung von den Bauergütern 1789 S. 77. *Reinhardt* ad *Christ.* Vol. 4. obs. 49. *Wurmser* et *Hartmann ab Eppingen* obs. pract. Lib. 1. Tit. 45. obs. 5. nr. 3. u. 8. *Martini* de iure Censuum Cap. 8. nr. 145. seq. *Harprecht* de praescript. immunitatis a collectis. Cap. 2. §. 7.

entstandenen Rechtsstreit. Der Pachtherr forderte nemlich im Jahr 1773 von verschiedenen Bauern von zweit länger als 30 Jahren her, viele ansehnliche Korngefälle, und gründete vorzüglich sein Recht zur Forderung dieser Gefälle, auf einen beglaubten Extract eines Amtslagerbuchs von 1722, welches in dem Landesarchive niedergelegt war. Die Beklagten leugneten schlechterdings, dem Kläger zinspflichtig zu seyn, und sezten demselben allenfalls die Einrede der Verjährung entgegen.

§. 3.

Bei diesem Rechtsstreite kamen hauptsächlich drey Fragen in Betracht. Die erste: Ob das Saalbuch des Amts, woraus Kläger einen Extract beigebracht, auch solchen Glauben habe, daß daraus die Verbindlichkeit der Beklagten zur Lieferung der darin verzeichneten Zinsfrüchte erwiesen werden könne?

Die zweite: Ob das Recht des Klägers, diese Zinsfrüchte einzufordern, nicht auch schon verjährt sey, und ob hier überhaupt eine Verjährung statt finde? Die dritte: Ob auf den bejahenden Fall der zweiten Frage, die Verjährung nicht etwa interrumpiret sey? Wir werden die Gründe, welche in den Acten von beiden Theilen angeführt wurden, hier kurz darlegen, so viel es nöthig ist, beiderseitige Meinung mit

mit neuen Gründen bestärken, und das erfolgte Erkenntniß darüber mittheilen.

§. 4.

Bei der ersten Frage kam es hauptsächlich darauf an: Ob das Lager- oder Saalbuch auch die zu einem solchen Buche erforderlichen Eigenschaften habe?

Zu einem Lagerbuche, wenn es vollen Glauben haben soll, wird vornemlich erfordert: daß es publica autoritate von dazu ernannten Commissarien, mit Zuziehung der Besitzer der Güter, und überhaupt derjenigen, welche dabey Interesse haben, errichtet, diesen allen solches deutlich vorgelesen wird, und von denselben auch, die sie betreffenden Nachrichten, nicht widersprochen werden c).

Nach Ausweisung der Acten war jenes Lagerbuch, auf landesherrlichen Befehl, von dazu

c) *Berger* Oecon. iur. Lib. I. tit. 2. §. 17. *Stryk* Usus modern. L. 50. tit. 15. §. 1. *Berlich* dec. 283. *Klock* de contrib. Cap. 17. *Lauterbach* Colleg. theor. pract. Lib. 52. tit. 15. §. 2. *Mevius* P. 4. dec. 179. Fredersdorf Justizbeamter. Band 1. Th. 1. Absch. 1. *Icti Tubing.* Vol. 5. consl. 60. nr. 20. *Ergau* von Grenz- und Lagerbüchern. *Freisleben* de libris censualibus. *Albert* de codicibus territorialibus.

zu besonders ernannten Commissarien aufgenommen, und im Archive aufbewahret worden. Die Beklagten wollten zwar behaupten, daß aus dem producirten Extracte des Saalbuchs nicht hervorgehe, daß solches in ihrer oder ihrer Vorfahren Gegenwart errichtet sey, und die ihnen darin angesezten Zinsgefälle, mit ihrer Genehmigung und ohne ihren Widerspruch, darin geschrieben wären, mithin keinen Glauben und Beweis gegen sie haben könne d); welches auch daraus noch wahrscheinlicher würde, weil selbst nach einem, von dem Landescollegium an die Aemter ergangenen Rescripte, diesen völlig untersagt sey, aus den Saalbüchern des Amts Extracte zu ertheilen, indem diese oft unvollständig, und nicht auf eine gesezliche Art eingerichtet wären. Allein diesen allen stand folgendes entgegen. Erstens war dieses Saalbuch, wie nicht geleugnet werden konnte, auf landesherrlichen Befehl von besonders dazu ernannten Commissarien errichtet, mithin die sichere Vermuthung da, daß diese auf eine zu Recht beständige gesezliche Art dabey verfahren waren. Zweitens war dieses Saalbuch in dem Landesar-

d) Catastrum non potest fieri, nisi vocatis et consciis iis, quorum sunt bona. Nesciis et non consentientibus liber iste non praeiudicat. *Mevius* P. 4. decis. 34. nr. 5. P. 5. dec. 70. nr. 3. *Cangiesser* in coll. dec. supr. Trib. ap. Hass. Cass. Tom. 2. dec. 178.

archive niedergelegt, mithin als ein öffentliches Document anzusehen, welches allen Glauben verdienet e). Drittens verdienen solche in den Archiven aufbewahrte Saalbücher dennoch immer vielen Glauben, wenn gleich bey ihrer Verfertigung nicht alle Solennitäten beobachtet sind f), und hat auch ein Richter, nach der Meinung mehrerer Rechtsgelehrten g) nicht nöthig, hierüber so genaue Untersuchung anzustellen. Viertens benahm jenes oben angeführte Rescript diesem im Archiv aufbewahrten Saalbuche nichts von seiner Glaubwürdigkeit, indem das Rescript nur den Aemtern untersagte, aus denen in den Amtsregistraturen sich hie und da vorfindenden unvollständigen und unrichtigen Saalbüchern Extracte zu ertheilen, welches aber auf die im Archive befindlichen Saalbücher keine Anwendung fand.

§. 5.

Diesen allen ohnerachtet, ist es aber doch eine sichere Wahrheit, daß gegen solche Saalbü-

e) Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. *L. 6. C. de re iudicata. Heineccius* Consil. Tom. 1. resp. 147. nr. 10.

f) *Leyser* spec. 683. med. 6. 7. 8. 9.

g) *Leyser* sp. 101. med. 1 und 2.

bücher noch immer der Beweis statt findet, daß sie nicht gehörig auf eine gesetzliche Art errichtet sind, wie dieses unter andern schon Leyser in seinen Meditationen über die Pandekten in *spec.* 100. *med.* 4. ausgeführet hat, wo er mit Recht sagt:

Quantacunque vero sit librorum censualium auctoritas, tanta tamen non est, ut per contraria argumenta elidi refellique nequeat. Contrarii enim probationem documenta omnia spectatissima licet, admittunt.

Es würde daher im gegenwärtigen Rechtsstreite der Extract aus dem Saalbuche, als Beweis zur Verbindlichkeit der Beklagten in Lieferung der Pachtgelder, zwar angenommen, jedoch diesen dabey freygelassen, die Unrichtigkeit des Saalbuchs in Ansehung dieser Gefälle, zu erweisen.

§. 6.

Die zweite Frage hiebey war nun, ob das Recht des Klägers, diese Zinsgefälle einzufordern, nicht schon längst verjähret sey? Kläger hatte nemlich nicht erwiesen, daß Beklagte vorhin, auch nicht in der geraumen Zeit von 1722 her, da jenes Saalbuch errichtet worden war, die geforderten Pachtgefälle geliefert hatten. Wir haben schon in dem ersten §.

angezeigt, daß diese Frage unter den ältern sowol, als den neuern Rechtsgelehrten sehr streitig sey. Unter den ältern Glossatoren behauptet Martinus: daß in Ansehung solcher jährlichen Renten oder Gefällen, jedes einzelnen Jahrs Abgabe einer besondern Verjährung bedürfe, daß mithin bey den vergangenen Jahren eine Verjährung, wenn von jedem Jahre die gesetzliche Zeit verstrichen sey, statt finde, nicht aber bey den zukünftigen, und bey den, nach dieser Verjährungszeit rückständigen Jahren. Wenn also z. B. von jemanden in 45 Jahren eine solche jährliche Rente nicht abgefordert wäre: so trete zwar von den erstern 15 Jahren die Verjährung ein, es müsse aber derselbe von den nachfolgenden Jahren die Rente nachbezahlen, weil hier noch keine 30, zur Verjährung bestimmte Jahre verflossen wären.

Bulgarus hingegen behauptet, daß hier eine Verjährung auch für die zukünftige Zeit hinlänglich sey, daß, wenn also in 30 Jahren die Einforderung solcher jährlichen Renten nicht geschehen, selbige nachher verjähret wären.

Joannes unterscheidet, ob solche Renten jemanden zustehen, aus einem Testamente, oder aus einer Stipulation, (Contract). Im erstern Falle nimmt er die Meinung des Martinus, im leztern die Meinung des Bulgarus an.

§. 7.

Der Beweis der Meinung des **Martinus** und der ihm beytretenden Rechtsgelehrten, wird vornemlich aus der *L.* 7. §. 6. *C. de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.* hergenommen. Hierin heißt es:

In his etiam promissionibus, vel legatis, vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum non ab e x o r d i o *talis obligationis, sed ab* i n i t i o *cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est.*

Daß dieses Gesetz der Meinung des Martinus ein großes Gewicht gebe, ist gar nicht zu läugnen, und ist deshalb diese Meinung von vielen Rechtsgelehrten, und selbst auch am Kaiserl. Reichs Kammergerichte, nach Behauptung der unten angeführten Schriftsteller h) angenommen worden. Es wird in diesem Gesetze deutlich gesagt, daß der Anfang der Verjährung bey solchen jährlichen rc. Renten, nicht von der ersten

h) Außer den in der Note a des ersten §. angeführten Mynsinger und Gail. *Klock* Relat. Camer. rel. 102. nr. 62. Rel. 132. Cramers Wezlarsche Nebenstunden. Th. 20. pag. 34.

sten Entstehung derselben, sondern von einem jeden einzelnen Jahre rc. an, gerechnet werden solle. Der Kläger hatte also in gegenwärtiger Streitsache, dem Anscheine nach, dieses Gesetz in so weit für sich, daß die von den lezten 30 Jahren bis zur Zeit der Klage fälligen, und auch die künftig schuldigen Pachtgefälle, ihm hätten zuerkannt werden müssen.

§. 8.

Allein daß dieses Gesetz nicht den ihm untergelegten Sinn habe, und, ohne dem Gesetze Gewalt anzuthun, auch noch eine andere, mehr mit der Analogie der Lehre der Verjährung übereinstimmende Erklärung leide, werden wir jezt noch zeigen müssen.

Das angeführte Gesetz sagt: Die Verjährung der jährlichen rc. Renten, Gefälle, soll ihren Anfang nicht von dem Zeitpuncte nehmen, da solche ihre erste Entstehung bekommen haben; sondern von jedem einzelnen Jahre, Monate rc. Dieses ist so zu verstehen: Wenn jemand z. B. 6 Jahre die jährliche Rente von der ersten Entstehung an entrichtet hat, nachher aber damit aufhöret, und, wir wollen annehmen, 26 Jahre mit der Nichtbezahlung so fortgefahren ist: so soll, ungeachtet nun schon von der ersten Entstehung dieser Renten eine Verjährungszeit — im obigen Falle 32 Jahre — verstrichen ist,

 hier

hier keine Verjährung eintreten; sondern diese soll von dem Jahre, Monate rc. ihren Anfang nehmen, in welchem zuerst die Bezahlung der Rente aufgehöret hat. Diese Erklärung stimmet sowol mit dem, in jenem Gesetze gebrauchten, Ausdruck *manifestum est*, welches natürlich voraussezt, daß diese jezt gegebene Verordnung aus andern Gesetzen schon bekannt sey, worin aber die Verjährungszeit der Klagen auf 30 Jahre gesezt ist — als auch mit dem Nachsatze in diesem Gesetze überein. Da heißt es gleich nach jener Verordnung: Es soll daher keinem, der schon 40 und mehrere Jahre ein Erbzinsgut besessen hat, erlaubt seyn, sich dieserhalb ein Eigenthum auf dieses Gut anzumaßen; eben so wenig wie dieses auch einem Pächter rc. erlaubt ist:

Nulla scilicet danda licentia vel ei, qui iure emphiteutico rem aliquam per quadraginta, vel quoscunque alios annos detinuerit, dicendi ex transacto tempore dominium sibi in iisdem rebus quaesitum esse: cum in eodem statu semper manere, datas iure emphyteutico res oporteat: vel conductori seu procuratori rerum alienarum dicenti (dicendi) ex quocunque temporum curriculo non debere, se domino volenti post completa conductionis tempora possessionem recipere, eandem reddere.

Ist

Ist es daher nicht dem Sinne dieses Gesezes am angemessensten, solches so zu verstehen: daß man bey der Verjährung nicht schlechtweg auf den Anfang der Entstehung einer Verbindlichkeit sehen, und allein darnach und nach dem Ablauf der sonst gewöhnlichen Verjährungszeit, die Verjährung anrechnen dürfe, sondern daß man den Zeitpunkt der Verjährung, von dem Jahre und Monate, da die Zahlung zum leztenmal geschehen ist, zu rechnen anfangen müsse.

§. 9.

Diese Erklärung stimmt mit den, bey der Lehre von der Verjährung angenommenen, Grundsäzen ebenfalls überein, da überhaupt der Regel nach, in einem Zeitraum von 30 Jahren, persönliche Klagen gegen einen andern verloren gehen. In demselben Titel, woraus jenes Gesez genommen ist *de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.* wird im dritten Geseze ausdrücklich gesagt:

Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protenduntur: sed si qua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione, vel persecutione pulsetur; nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda.

Ferner ist auch ein nicht ganz unähnlicher Fall eben so in unsern Gesetzen entschieden, wenn gesagt wird, daß da, wo wegen der Verjährung die Klage über die Hauptsache wegfalle, auch wegen der Zinsen und Früchte davon keine Klage mehr statt finde. Die *L. 26. C. de usuris* redet hievon so:

> *Eos, qui principali actioni per exceptionem triginta, vel quadraginta annorum, sive personali, sive hypothecaria ceciderunt iubemus non posse super usuris, vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente, satis superfacuum est super usuris vel fructibus adhuc Iudicem cognoscere.*

In dem Falle, wenn von jährlichen Renten und Gefällen die Rede ist, tritt eben der Grund ein, daß es nemlich sehr überflüssig seyn würde, über die Schuldigkeit zu deren Bezahlung nach Ablauf der Verjährungszeit zu erkennen, wenn die Klage wegen des Rechts selbst nicht mehr statt findet. Denn sobald die Schuldigkeit zur Bezahlung solcher Gefälle nicht gestanden wird; wird auch selbst das Recht dazu nicht eingeräumet.

§. 10.

§. 10.

Wenn nun gleich das Recht, solche jährliche Renten einzufordern, so wie bey den jährlichen Vermächtnissen, mit jedem neuen Jahre entstehet, mithin die darauf abzweckende Klage auch nur erst dann angestellt werden kann, wenn dieses Recht, sie einzufordern, eintritt: so ist jedoch die daraus hergeleitete Folge, daß nemlich die Verjährung nicht eher ihren Anfang nehmen könne, als von der Zeit, da der andere das Recht gehabt habe, die Rente einzufordern, nach der bekannten Regel: agere non valenti non currit praescriptio, hier nicht allerdings anzuwenden.

In Ansehung der, einer gewissen Person auf bestimmte Jahre vermachten, jährlichen Legaten, ist es bekannt, daß solche, da sie nur jährlich fällig sind, auch nur jedes Jahr gefordert werden können, mithin wenn der Legatarius vor Ablauf jener Jahre mit Tode abgehet, dessen Erbe, von den noch nachfolgenden übrigen Jahren, solche einzufordern nicht befugt ist. Von der Verjährung ist hier aber nicht die Rede, und die hierauf aus obigem Satze geleitete Folgen nur scheinbar. Denn wenn jemand gleich jährliche Renten, Vermächtnisse ꝛc. nur jedes Jahr einfordern kann: so ist doch das Recht zu dieser Befugniß nur eins. Dieses Recht muß also, eben so gut wie jedes andere Recht,

dessen man sich nur zu gewissen Zeiten bedienen kann z. B. die servitutes discontinuae, verloren gehen, wenn man solches, in einer Rechtsverjährten Zeit, auszuüben, unterlassen hat. Was würde sonst aus der ganzen Lehre von der Verjährung werden, wenn man dabey aus dergleichen Folgerungen, dieser Lehre ganz zuwider laufenden Regeln, festsetzen wollte? Nichts als lauter Verwirrungen und Ungewißheiten müßten daraus entstehn!

In dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten ist deshalb auch, im 1. Theil 9. Titel §. 509. die Verjährung, bey dem Rechte jährlicher Leistungen und Abgaben, von der Person oder dem Grundstücke eines andern einzufordern, durch bloßen Nichtgebrauch zugelassen, und in dem §. 546. der Zeitraum auf 30 Jahre bestimmt.

§. 11.

Die diesseitige Meinung erhält auch dadurch noch ein großes Gewicht, daß solche jährlichen Renten, welche selbst den Kirchen und andern milden Stiftungen gebühren, einer Verjährung und zwar in 40 Jahren unterworfen sind i), da doch

i) Nov. 131. cap. 6. — Cap. 4. 6 und 15. X. de praescript. *Wernher* T. 1. P. 4. obs. 210. *Leyser* spec. 253. med. 5. spec. 383. med. 6.

doch diese sonst in den Gesetzen viele Vorzüge haben; ferner daß auch die Freiheit von Abgaben, wenn solche Privatpersonen geleistet werden, allerdings durch eine dreißigjährige Verjährung erworben werden kann k); weshalb denn auch Böhmer *in principiis iuris Canonici* §. 643 der dritten Auflage, der sonst gegensietiger Meinung ist, hier bey jährlichen Renten die Verjährung zulässet; wenn derjenige, welcher die Verjährung vorschützt, in einem gut glaubenden Besitz der Freiheit von solchen jährlichen Renten sich befindet l).

§. 12.

Was würde endlich auch nicht für eine große Ungewißheit in unserm Eigenthum und den damit verbundenen Gerechtigkeiten entstehen, wenn man die gegenseitige Meinung allgemein annehmen wollte? Wie leicht könnte man da nicht

k) *Berger* Oecon. iur. pag. 77. *Leyser* sp. 670. med. 17.

l) Aliud est, si praescribens simul fuerit in b. f. possessione vel quasi libertatis et immunitatis ab annuis reditibus: quippe per quam fundari potest praescriptio acquisitiva immunitatis. *Hertius* de praescriptione iurium per temporum intervalla renascentium Sect. 2. §. 1. *Carpzov* P. 2. c. 3. def. 17. *Harpprecht* de praescriptione immunitatis.

nicht mit dergleichen Ansprüchen behelligt werden, die vielleicht in ältern Zeiten vollkommen richtig gewesen, von denen sich aber unsre Vorfahren durch Verträge, die uns jezt nicht mehr bekannt, etwa verloren gegangen sind, oder sonst auf eine andere Art, frey gemacht haben. Es ist deswegen die hier angenommene Meinung, wenn sie auch gleich in den Gesetzen nicht klar entschieden seyn sollte, der gegenseitigen Meinung immer vorzuziehen; und geschiehet dem Pacht- oder Zinsherrn auch auf keine Weise Unrecht, wenn ihm das Recht zur Einforderung der Pachtgefälle, nach abgelaufenen dreißig Jahren, in welchen er sich dessen nicht bedienet hat, als Strafe einer unerhörten Nachlässigkeit ganz abgesprochen wird.

§. 13.

Im gegenwärtigen Rechtsstreite wurde daher auch die Verjährung als zulässig erkannt, und das um so mehr mit Recht, weil die eingeklagten Pachtgefälle auf den Gütern haften sollten, und sich die Beklagten schon wenigstens seit 50 Jahren in dem Besitze der Freiheit von diesen Pachtgefällen befanden; ferner auch nach den Akten, die beigebrachten Verzeichnisse der Pächte, wornach Anmahnung und Zahlung geschehn seyn sollte, mit dem Extracte aus dem Lagerbuche nicht völlig übereinstimmten, und die angeblichen Pachtgefälle durch die Länge der Zeit überhaupt sehr verdunkelt waren.

Da

Da jedoch Kläger behauptete, als wenn die Verjährung, im Fall sie auch hier zulässig seyn könnte, unterbrochen sey, und deswegen verschiedenes für seine Behauptung anführte: so wenden wir uns zur Untersuchung der dritten Frage.

§. 14.

Kläger gründet die Unterbrechung der Verjährung auf folgende drey Stücke:

1) Wären die Beklagten sehr oft an die Ablieferung der Pachtgefälle erinnert.

2) Wären sie dieserhalb selbst einmal gepfandet.

3) Hätten sie die Schuldigkeit zur Lieferung dieser Gefälle eingestanden, und wäre solche auch durch 2 Zeugen erwiesen.

Wir wollen hier jeden Punkt, wie Kläger solchen zu behaupten gesucht hat, und in wie weit er zur Unterbrechung einer Verjährung hinreichet, näher ausführen.

§. 15.

1) Wegen geschehener Erinnerung und Anmahnung der Beklagten, sagte einer von ihnen, vor der zur Liquidation Anfangs niedergesezten Commission im Jahre 1773 dahin aus, daß des

Klä-

Klägers Vater ihn und einige von den Beklagten vor einigen 20 Jahren um die Ablieferung des Pachtkorns besprochen, und wie sie die Schuldigkeit dazu geläugnet, gesagt habe: er wolle ihnen die Grundstücke, wovon das Pachtkorn gienge, anweisen. Dieses sey aber nicht geschehn; jedoch wäre ihnen nachher die Lieferung mehrmals angedeutet. — Eben so bezeugten nachher noch 2 Zeugen, daß die Anmahnung vorhin verschiedentlich geschehn sey; und wurde von Kläger hinlänglich bescheinigt, daß im Jahr 1757 durch eine öffentliche Verkündigung von der Kanzel in der Pfarrkirche der Beklagten, ein Termin zur Ablieferung der Pachtfrüchte von ihm angesezt gewesen sey.

Allein wenn gleich die geschehne Anmahnung, wegen Ablieferung der Zinsgefälle an die Beklagten, nicht geleugnet werden konnte: so schadete das denselben um so weniger, da sie sich an solche Anmahnung nicht gekehret, vielmehr in dem Besitz der Freiheit von diesen Abgaben immer sich erhalten hatten. Zudem unterbricht die außergerichtliche Anmahnung nicht die Verjährung, wenn man dadurch nicht in bösen Glauben (malam fidem) gesezt wird, und dem andern seine Anmaßung gar nicht zugestehet m).

§. 16.

m und n) *Coccei* Ius controv. Lib. 41. tit. 3. qu. 25. Strube Rechtl. Bedenken. Th. 1. Bed.

§. 16.

2) Die Pfandung wurde durch einen Zeugen dahin erwiesen, daß 3 Wagens wegen rückstän-

Bed. 21. *Joh. Lud. Schmid* Comment. de interpellatione extraiudiciali ab interrumpenda praescriptione haud excludenda Ien. 1788. Dieser behauptet, daß die außergerichtliche Interpellation die Verjährung überhaupt unterbreche, weil 1) denjenigen, welcher durch diese Interpellation seinen Willen, die Befugniß zu erhalten, hinreichend erkläre, keine Nachlässigkeit zur Last gelegt werden könne; 2) nirgends gesetzlich verordnet sey, daß nur die gerichtliche Interpellation die Verjährung unterbreche; 3) auch nichts natürlicher sey, als daß man auf dieselbe Art, wie man sich verbindlich machen könne, von Verbindlichkeiten wieder befreiet werde.

In Ansehung der außergerichtlichen Pfandungen ist zu bemerken, daß, wenn diese die Verjährung unterbrechen sollen, solche gehörig vorgenommen, die Pfande an das Gericht geliefert sind, und der Gepfändete solche auch wieder eingelöset hat. In den Beiträgen zur juristischen Literatur in den Preußischen Staaten heißt es in der 6. Saml. S. 99. Eine bloße Pfandung kann die Präscription nicht unterbrechen; wenn nicht die Pfänder im Gericht eingestellt, und der Gegentheil citiret, auch zur Einlösung angehalten worden ist; weil, wenn die Pfänder, ohne Pfand- und Futtergeld, und absque interventione iudicis privatim

ständiger Pächte im Jahr 1736 gepfandet waren. Allein einen Theils sagt der Zeuge nicht, wer von den Beklagten damals gepfandet worden; zweytens sagte er nicht, was der Erfolg von dieser Sache gewesen sey; drittens war von dieser Zeit der Pfandung bis zur angestellten Klage schon ein Raum von 37 Jahren verflossen, mithin trat von der Zeit schon wieder die Verjährung ein; viertens unterbrechen aussergerichtliche Pfandungen auch nicht immer die Verjährung, zumal bey der praescriptio extinctiva, wenn man, wie oben am Ende des §. 15 gesagt ist, dadurch nicht in bösen Glauben gesezt

tim restituiret worden, zu vermuthen, oder daraus ein Anerkenntniß herzuleiten ist, daß pignoratio ex errore, oder iniuste geschehn, wenigstens solche alsdenn eine bloße denunciationem extraiudicialem ausmacht, welche nicht einmal malam fidem inducirt, wenn nicht der pignorans zugleich sein ius contradicendi nachgewiesen.

Stryk Diss. de iure pignor. Cap. 5. nr. 33.

Nach dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten Th. 1. Tit. 9. §. 611 und 612, unterbrechen außergerichtliche Handlungen die Verjährung durch den Besitz nur in so fern, als sie den Besitzer von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes überführen, oder den vollständigen Besitz selbst aufheben; und bloße Pfandungen dann nicht, wenn der Gepfändete, dessen ungeachtet, die Ausübung des Rechts fortsetzet.

sezt wird, dem andern seine Anmaßung nicht zugestehet, und die Pfandung auch weiter keinen Erfolg gehabt hat, und ohne Wirkung geblieben ist n).

§. 17.

3) Daß Beklagte ihre Schuldigkeit zur Lieferung der Pachtgefälle eingestanden, solche auch durch die abgehörten Zeugen bewahrheitet sey, will Kläger dadurch erweisen, daß

a) einer der Mitbeklagten in dem, Anfangs vor der Commission abgehaltenen, Liquidations Protokoll die Schuldigkeit zur Lieferung der Pachtgefälle selbst, auch nachher, wie Beklagte von dem abgehörten Zeugen an die Ablieferung gemahnet, solche ebenfalls nicht abgeleugnet hätten.

b) Nach den producirten Notariats Instrumenten von 1757, die Beklagten sich zu gewissen Pächten schuldig erkannt, und die von 1756, gegen Erlassung der ältern Pächte, wirklich bezahlt hätten:

c) nach einem beygebrachten Protokoll von 1774, noch ein Zeuge die Schuldigkeit der Beklagten zur Lieferung der Pachtgefälle behauptet hätte; so wie solches eben-

falls

n) S. vorige Note.

falls in dem Zeugenverhör von einem Zeugen geschehn sey.

§. 18.

Hiegegen war aber folgendes zu erinnern:

a) Hatte der eine Mitbeklagte vor der Commission die Schuldigkeit zur Lieferung nicht eingestanden, sondern nur auf die nachherige Anmahnung gesagt: er könne sich zu nichts verstehn, weil der Kläger sein Versprechen nicht erfüllet habe, ihm die Ländereyen, wovon das Pachtkorn gehen sollte, anzuweisen, auch solches von dem davon gehenden Zehnten frey zu machen. Dieses war aber natürlich kein reines Geständniß. Ferner hatte der abgehörte Zeuge nur so viel ausgesagt, daß bey geschehner Anmahnung die Beklagten zwar die Schuldigkeit der Pachtlieferung nicht geleugnet, jedoch verlangt hätten, daß ihnen die pachtpflichtigen Ländereien angewiesen würden. Dieses war also ebenfalls kein reines Geständniß, da es nur unter gewisser Voraussetzung geschah.

§. 19.

b) Die producirten Notariats Instrumente verdienten keinen Glauben, denn einen Theils war daraus nicht zu ersehen, ob sol-

che

che die, zu einem glaubhaften Notariats-Instrument erforderlichen, Eigenschaften hatten; andern Theils waren solche nicht von Zeugen unterschrieben, auch nicht bey der Abschrift einige zugezogen. Ohne Zuziehung der Zeugen verdienen aber solche Instrumente und die Abschriften davon, keinen Glauben o).

§. 20.

c) Der in dem beigebrachten Protokoll von 1774 abgehörte Zeuge, war nicht beeidigt, mithin hatte dessen Aussage keine juristische Beweiskraft. Der andere, vorhin schon am Gericht abgehörte Zeuge, war zwar beeidigt, hatte aber weiter nichts ausgesagt, als wie ihm wol bekannt sey, daß einige Eingesessene aus der Beklagten Dorfschaft, an des Klägers Pächter in ehemaligen Zeiten Pachtgefälle abgeliefert hätten. Aus dieser Aussage geht jedoch nicht hervor, welche von den Beklagten die Pachtgefälle abgeliefert, und zu welcher Zeit es geschehn. Beydes bleibt dunkel,

o) *Berger* Oecon. iur. pag. 800. nr. 3. edit. Winkler. *Stryk* de probat. semiplena Cap. 4. §. 7. *Leyser* spec. 270. med. 1 und 2. Strube Rechtl. Bedenken. Th. 5. Bed. 102. *ICti Erford.* apud *Schorch* sent. 182.

und daher unbekannt, ob nach dieser Ablieferung nicht bereits schon wieder die Verjährung eingetreten ist, welches dadurch wahrscheinlich wird, weil der Zeuge nicht anzugeben wußte, ob diese Pachtgefälle noch im Jahre 1738 und vor dem Kriege abgeliefert waren. Natürlich konnte also auch auf die Aussage dieses Zeugen keine Rücksicht genommen werden.

§. 21.

Da nach dem vorhergehenden der Kläger die Unterbrechung der von Beklagten vorgeschützten Verjährung noch nicht gehörig erwiesen hatte, solcher Beweis aber jenem aufliegt, weil diese leugneten, die Pachtgefälle jemals entrichtet zu haben, und sich im langjährigen Besitz der Freiheit befanden: so wurde deshalb, da auch Kläger den Beweis der Unterbrechung der Verjährung anticipiret hatte, und kein Beweis Termin angesetzt gewesen war, dem Kläger ein besserer Beweis hierüber noch aufgegeben.

§. 22.

Es ist im hiesigen Fürstl. Lippischen Lande, über die Verjährung der jährlichen Prästationen, unterm 23. Dec. 1794 folgende Verordnung erlassen worden:

Bey

Bey der Unbestimmtheit der Gesetze, und bey der Verschiedenheit der Meinungen der Rechts-gelehrten, über die Frage

Ob das Recht, eine jährliche Leistung, oder Abgabe von der Person, oder dem Grundstücke eines andern zu fordern, selbst, oder nur die Leistung oder Abgabe durch Verjährung verloren werde?

Verordnen und wollen Wir, daß von nun an, die Verjährung nicht nur der Leistung und Abgabe, sondern auch die des Rechts dazu, nach vollem Ablauf eines Zeitraums von 30 Jahren in allen denen Fällen, worin die gemeinen Rechte nicht ausdrücklich einen längern Zeitraum vorschreiben, geschehn und darauf von allen Ober- und Untergerichten dieser Grafschaft, im dazu vorkommenden Falle, erkannt werden solle. Nur bleibt es in den Fällen, worin anstatt der erweisbar ursprünglich naturalen Prästation, auch seit 30 Jahren Geld entrichtet, und angenommen ist, bei der Vorschrift gemeiner Rechte und hiesiger Landesgesetze.

276. Meditation.

Bey Bestimmung der Entschädigung, wegen nicht zur festgesetzten Zeit gelieferten Pachtfrüchte, sieht man auf den höchsten Werth, den dieselben nach dem Verzuge bis zum richterlichen Erkenntnisse gehabt haben.

§. 1.

Ein Pachtherr hatte von einem seiner Pachtpflichtigen jährlich 20 Scheffel Rocken und 20 Scheffel Hafer zu fordern, welche um Martini ausgeliefert werden mußten. Der Pachtpflichtige blieb damit in Rückstand, und wurde deshalb von seinem Pachtherrn verschiedentlich an die Ablieferung erinnert. Eine Zeit verstrich nach der andern, bis endlich der Pachtherr im Sommer des folgenden Jahres gerichtlich zu klagen veranlasset wurde. Beklagter lies sich vor seiner Antwort auf die Klage zweymal contumaciren, worauf die Erndte Ferien eintraten, und die Sache also erst nach der Erndte

wie-

wieder in Lauf kommen konnte. Jezt meldete sich der Beklagte selbst bey seinem Pachtherrn, und wollte ihm die schuldigen Pachtgefälle abliefern. Dieser, damit allein nicht zufrieden, verlangte von seinem Pachtpflichtigen auch die Ersezung des Schadens, welchen er durch die verspätete Ablieferung gehabt hatte, so wie die Vergütung des Vortheils, den er hätte machen können. Weil sich der Pachtpflichtige hiezu nicht verstehen wollte: so sezte also der Pachtherr seine Klage weiter fort.

§. 2.

Folgendes müssen wir hier voraussetzen. Um Martini aus, als zur Zeit der schuldigen Lieferung des Pachtkorns, hatte der Scheffel Rocken 30 mgr. der Scheffel Hafer 15 mgr. gekostet; zwischen dieser Zeit bis zur Erndte war der höchste Preis des Scheffels Rocken 1 Rthlr. 24 mgr. und des Scheffels Hafers 27 mgr. gewesen; und gleich nach der Erndte stand der Preis des Rockens und Hafers wie Martini des vorigen Jahres. Der Kläger hatte also in seiner Klage nicht nur den Abtrag des schuldigen Pachtkorns, sondern auch den durch die verspätete Ablieferung desselben gehabten Schaden und den entbehrten Vortheil, von jedem Scheffel Rocken 30 mgr. und von jedem Scheffel Hafer 12 mgr. also zur Entschädigung insgesamt 23 Rthlt. 12 mgr. verlangt, und war auch jezt

nach der Erndte, mit der angebotenen Ablieferung des Pachtkorns, unter Vergütung dieser Entschädigung zufrieden. Es kam also darauf an: ob die von dem Kläger geforderte Entschädigung hier auch statt habe.

§. 3.

Nun wird' zwar in verschiedenen Gesetzen, welche Beklagter auch für sich anführte, gesagt, daß bey Bestimmung einer solchen Entschädigung und Schätzung des Werths, einer nicht zu gehöriger Zeit gelieferten Sache, auf die Zeit, da solche fällig gewesen sey, also auf den Tag des Verzugs gesehen werden müsse, wie solches verordnet

L. 22. ff. de rebus cred. Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est, quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset; si non, quanti tunc, cum petitum esset.

L. 4. ff. de condict. tritic. Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam, Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit.

Al-

Allein diese Gesetze, so sehr sie auch die gegenseitige Meinung zu begünstigen scheinen, können auf den gegenwärtigen Fall keine Anwendung finden.

§. 4.

Wenn es allein darauf ankommt, die Entschädigung zu bestimmen, wenn einer zu der gesetzten Zeit eine Sache nicht abgeliefert hat: so muß man freilich nach diesen Gesetzen auf jenen Zeitpunkt Rücksicht nehmen; allein in unserm Falle kam es darauf nicht allein an, sondern hier kam der Verzug des Pachtpflichtigen, welcher von Martini bis nach der Erndte des folgenden Jahrs die Lieferung der Pachtgefälle hingehalten hatte, in Betrachtung. Zwar könnte man hier erinnern, daß auch in jenen Gesetzen immer ein Verzug zum Grunde gelegt sey, weil darin ein gewisser Tag der Ablieferung angenommen, und darauf eine Klage angestellt sey: allein bekanntlich bewirkt beides ohne Einschränkung keinen Verzug im juristischen Verstande, und wenn wir die Vollziehung einer Verbindlichkeit nicht widerrechtlich verzögern: so ist kein Verzug von unsrer Seite da. Die *L. 24. in pr. ff. de usuris et fructibus* sagt dies deutlich.

Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse *moram.*

Hiemit stimmt auch die *L.* 63 und 88. *ff. de div. regul. iur.* L. 21. ff. de usur. et fructibus überein. Eben so ist selbst ein Schuldner von Bezahlung der Verzugszinsen frey, der im guten Glauben einen Rechtsstreit anfängt, und hinlängliche Einreden hat a). Wir können also mit Grund immer annehmen, daß in dem, im dritten §. angeführten Gesetze, auf keinen Verzug im juristischen Verstande Rücksicht genommen sey, besonders wenn wir folgende, für die disseitige Meinung streitende, Gesetze dagegen halten.

§. 5.

In vielen Gesetzen, wo der Verzug des Gegners in Betrachtung kommt, wird ausdrücklich gesagt, daß bey Schätzung des Werths oder der Entschädigung darauf gesehen werden solle, in wie weit die Sache, folglich auch der Werth derselben, nach dem gewesenen Verzuge geringer geworden sey.

Die *L.* 3. *ff. de cond. tritic.* sagt hievon: In utroque autem (nemlich in beiden Fällen, die Sache mag noch da seyn oder nicht) si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro vicesimo, haben-

dam

a) Cap. 20. de regul. iur. in 6to. Rechtsfälle von Geiger und Gluck 1. Band Nr. 9. §. 13. Seite 180.

dam aestimationem, *quanto deterior res facta sit.* Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

Wir haben die leztern Worte des Gesetzes hier mit angeführet, weil diese uns ganz entgegen zu seyn scheinen, indem darnach die Zeit des Verzugs, bey der Schätzung des Werths, zum Grunde gelegt wird. Allein es hat hiemit eine ganz andre Bewandniß; denn hier war die Sache, der Sclave, nach dem Verzuge schlechter, geringer von Werth geworden, folglich mußte auf den Werth gesehn werden, den die Sache zu der Zeit, wie sie hätte geliefert werden müssen, wirklich gehabt hatte; und dies war ja der höchste Werth, von Zeit des Verzuges angerechnet. In unserm Falle war aber das Korn nach dem Verzuge im Preise gestiegen.

§. 6.

Ferner sagt die *L.* 3. §. 3. *ff. de action. emt. vend.* Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur; item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur.

L. 21. §. 3. *ff.* deff. Titels. Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat,

dat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit.

In mehrern Gesetzen, als in der *L. 17. §. 1. ff. de rei vind. L. 37. in fin. ff. mandati vel contr. L. 3. ff. de usur. L. 11. ff. de re iud.* wird ein gleiches behauptet b).

§. 7.

Endlich muß auch nach der bekannten Regel in dem *Cap. 25 de reg. iur. in 6to* und der *L. 173 ff. de div. reg. iur.* Vnicuique sua mora nocet, einem jeden sein begangener Verzug zur Last fallen, und er auch allein den Schaden davon tragen. Dieses ist auch nicht mehr als billig; eben so billig es auch ist, daß durch eines andern Verzug und Nachlässigkeit, niemand Schaden zugefügt werde. Es wurde dieserhalb im gegenwärtigen Rechtsstreite, weil der Kläger zur Annahme des Pachtkorns bereit, also hierüber kein Streit war, der Beklagte zur Ersetzung des vom Kläger geforderten, nach dem höch-

b) *Struv* syntag. iur. civ. Ex. 18. §. 64. *Schilter* prax. iur. roman. Ex. 24. §. 62. *Coccei* Jus controv. Lib. 13. tit. 3. qu. 2. *Stryk* Vsus modern. Lib. 13. tit. 3. §. 3. *Leyser* sp. 150. med. 2. *Canngiesser* in dec. sum. prov. sen. Hass. Cass. T. 1. dec. 129. nr. 12. *Hommel* Rhaps. obs. 196.

höchsten Werth des Korns von Zeit des Verzugs angerechnet, Schadens von 23 Rthlr. 12 mgr. angewiesen, und in die Kosten verurtheilet.

§. 8.

Zur fernern Erläuterung der an sich so schwierigen Rechtsfrage: welcher Preis bey nicht geschehener Ablieferung der verkauften Sache zum Grunde zu legen sey? von welcher Thomasius in seiner Dissertation de pretio affectionis in res fungibiles non cadente cap. 2. §. 21. sagt:

> quoniam vero et harum rerum pretium variare potest, ut aliud sit tempus damni dati, aliud tempore litis contestatae, aliud tempus sententiae, hinc nova et valde intricata quaestio exsurgit a. d. d. tractata, cuiusnam temporis aestimationis hic habenda sit ratio. Et quilibet hic indulget suo ingenio, adeoque tot fere sententias haec quaestio habet, quod autores. In enucleanda hac quaestione valde desude *Huberus* ad. tit. ff. de condict. tritic. Mirifice se torquet *Struvius*, et omnes passim ad unum id agunt, ut certum fundamentum hac in re quaerunt, sed dum rem conficere distinctionibus subtilissimis annibuntur infinita dubia et contra distinctiones non effugiunt

wollen wir hier noch einen Fall einrücken.

§. 9.

§. 9.

Zwei Handlungs Kompagnons hatten mit dem A. einen Kontrakt geschlossen, nach welchem dieser sich verbindlich gemacht hatte, innerhalb vier Wochen, von Zeit des geschloßnen Kontrakts angerechnet, 3800 Schffl. Rocken gegen den eins gewordnen Preis abzuliefern. Der Verkäufer kam aber seinem Versprechen nicht nach, sondern lieferte nur auf das ganze Quantum 1999 Schffl. ab.

§. 10.

Als hierauf nun wider den Verkäufer geklagt wurde, gestand derselbe zwar die Richtigkeit des Kontrakts ein; glaubte aber, daß er um deswegen zur Ersetzung des Schadens, den die Kläger durch die Nichterfüllung des Kontrakts gelitten, nicht angehalten werden könne, weil einmal gleich nach geschlossenem Kontrakt sich solche Umstände ereignet hätten, welche die Anschaffung des Rockens ihm unmöglich gemacht hätten, indem wegen der, in den benachbarten Ländern angelegten Korn-Sperre, kein Getraide aus jenen Ländern hätte gebracht werden können. Sodann habe er zweitens eben so wenig an seinem Wohnorte Rocken aufkaufen können, weil durch einen landesherrlichen Befehl, nach vorhergegangener Aufnahme der Korn Vorräthe in der Stadt, allen Bürgern der Verkauf bey schwerer Strafe untersagt sey.

§. 11.

§. 11.

Von Seiten der Kläger wurde hierauf erwiedert, daß die in den benachbarten Ländern angelegte Korn-Sperre, dem Beklagten von seiner Verbindlichkeit, das versprochne Quantum zu liefern um deswegen nicht befreien könne, weil, wenn gleich in diesen die Korn-Ausfuhr verboten gewesen, doch in den fernern Ländern noch genug Korn zu haben gewesen sey; wie sie denn selbst eine große Quantität Korn daher gezogen hätten.

Unstatthaft sey auch die Einwendung, die vom landesherrlichen Verboth, den Verkauf des Korns betreffend, hergenommen würde, weil solches nur die Ausfuhr, nicht aber den Verkauf desselben unter Bürgern untersagt habe; und da sie nun mit dem Beklagten an einem Orte wohnten, so hätte ihn das Verbot gar nicht treffen können.

§. 12.

In dem hierauf erfolgten Urtel wurde erkannt:

> daß Beklagter die Kläger wegen der libellirten im Rest gebliebenen Scheffel-Zahl Rocken in so weit schadlos zu halten schuldig sey, als Kläger ihnen, durch die unterbliebene Lieferung erlittenen Schaden nach

dem

dem Verhältniß des Preises während der im Kontrakte festgesetzten vierwöchentlichen Lieferungsfrist ordentlich liquidiren und verificiren können

und als Grund dieser Entscheidung folgendes angeführt:

Es konnte den Beklagten gar nicht von seiner übernommenen Verbindlichkeit befreien, daß in einigen benachbarten Provinzen eine den Zeitumständen angemessene Beschränkung des Korn-Verkaufs verordnet worden, da eines theils das landesherrliche Verbot, wie Kläger richtig angegeben, für einen Mann, der Getraide Lieferungen übernimmt, keine Entschuldigung seyn darf, da er es sich beyzumessen hat, wenn er auf eine Provinz rechnete, wo schon seit Jahr und Tag die Ausfuhr verboten war, so wie auch das Verbot für das Herzogthum Westphalen, ob es gleich einige Tage vor dem eingegangenen Vertrage erst publiciret, einen zu kümmerlichen Beweis abgiebt, wie dem Beklagten es platterdings unmöglich geworden, den Kontrakt ganz zu erfüllen, da er ja nicht an eine gewisse Provinz gebunden war, und er auch, so wie es Kläger gethan, Korn aus andern Provinzen hätte einkaufen können. Ueberdies ist der Vertrag zu einer Zeit abgeschlossen worden, wo solche Verbote als gewöhnliche Sicherheits-Mittel zu erwarten sind, und wo Beklag-

ter

ter solche Einschränkungen bey Eingehung des Kontraktes mit in Anschlag hätte bringen, oder durch eine dem Kontrakt zugefügte Klausel sich hätte decken sollen; wo also, da dies nicht geschehen, es schlechterdings bey dem Kontrakte sein Bewenden haben muß, und der Beklagte daher zu einer verhältnismäßigen Entschädigung allerdings gehalten ist. Diese Entschädigung aber, ist nur nach dem Preise zu berechnen und zu bestimmen, wie hoch das zu liefernde Getraide zu der Zeit gestanden hat, als es Kläger hätten fordern können, und zwar deswegen, weil einmal die eingetretnen Umstände, wenn sie gleich nach Lage der Akten Beklagten nicht ganz befreien können, doch eine billige Rücksicht und Annahme einer milden Meinung verdienen, und daher nicht der höchste Preis a tempore morae bei der Berechnung zum Grunde zu legen ist; und denn die Kläger auch selbst eingestanden haben, wie man wol 50 mal mehr Rocken im Orte hätte erhalten können; dieselben also den Preis, für den es damals im Orte zu erhalten gewesen, als den relativ strengsten und billigsten Maasstab, der von ihnen anzulegenden Berechnung annehmen müssen.

§. 13.

Dieses Urtel wurde auf die von den Klägern dagegen eingewandte Appellation abgeändert und erkannt:

Daß den Klägern der, wegen unterbliebener Lieferung, entstandne Schaden nach dem höchsten Preise des Rockens vom Tage des Verzugs bis 15 Jul. 1795, zuzuerkennen;

denn, — so heißt es in den Entscheidungs-Gründen, — da der Appellat eine Zögerung seiner Seits bey der übernommenen Rocken-Lieferung nicht hat verabreden können, so kommt es auf die Frage an:

a) Welches Interesse ist der Appellat wegen dieser Zögerung den Appellanten zu leisten schuldig?

b) Wie ist dasselbe zu berechnen!

ad a) So ist die in sententia a qua angeführte Billigkeit, bei Bestimmung des termini ad quem, so wenig mit rechtlichen Gründen unterstützt, als weniger den Gesetzen gemäß. Letztre bestimmen überhaupt, daß in casu morae dem Verkäufer das id quod interest prästiret werden müsse.

L. 4. C. de act. emt. vend.

Si traditio rei venditae iuxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat, *quanti interesse* compleri emtorem fuerit arbitratus Praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.

Fer-

Ferner heißt es in *L.* 10. *C. eod. tit.*

cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione, eum, *quanti intersit* tua si tunc tibi praestita fuisset apud Praesidem provinciae convenire potes.

Hiernach sind also die Kläger allerdings befugt, ihr Interesse wegen nicht geschehener Lieferung des Rockens zu fordern, oder wie in der

L. 21. §. 3. de act. emt. vend.

gesagt wird:

Omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit.

mithin ist es unstreitig, daß demnach das Interesse, nach dem höchsten Werth zu bestimmen ist, welchen die Sache binnen einem gewissen Zeitraum gehabt hat.

Hellfeld in iurispr. forens. lib. 2. Tit. 14. §. 330. Lib. 13. Tit. 3. §. 844.

ad b) So setzen die Gesetze in diesem Fall die Regel fest: daß der höchste Werth a die morae bis zur erfolgten Condemnation gefordert werden könne. Da indessen Appellanten unterm 15 Jul. 1795 erklärt haben, daß sie keine naturelle Lieferung mehr

annehmen könnten, indem sie zur Erfüllung ihrer Kontrakte schon andern Rocken hätten einkaufen müssen; so spricht es von selbst, daß bei der ergangnen Condemnation des Beklagten in den höchsten Werth a die morae, hier der terminus ad quem der 15 Jul. 1795 zu bestimmen ist, weil die Kläger zu der Zeit auf die naturelle Ablieferung Verzicht gethan haben, sie also auch auf einen nach dem 15 Jul. 1795 etwa existirten höhern Kornpreis keine Ansprüche machen können.

Gegen diese gesetzlichen Grundsätze, sind die durch nichts bescheinigte Behauptungen des Beklagten, — daß ihm die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch die eingetretne Zeit-Umstände unmöglich gemacht worden, — noch zur Zeit unerheblich. Denn nur eine völlig erwiesene gänzliche Unmöglichkeit von Seiten des Beklagten, kann hier in rechtlichen Betracht kommen, und würde, wenn sie vorhanden, denselben von aller Vergütung befreien.

Bloße, die schuldige Leistung erschwerende, Umstände, und noch weniger unbestimmte durch nichts bescheinigte Behauptungen, können stark genug seyn, eine Befreiung von ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften zu begründen.

Eben

Eben so wenig kann es hier den Klägern nachtheilig seyn, daß sie nicht selbst auf Gefahr des zögernden Schuldners, das noch rückständige Getraide aufkauften. Sie waren dazu um so weniger verpflichtet, da durch die Zögerung des Beklagten über die gesetzte Frist, dessen Verbindlichkeit nicht aufhörte, sondern vielmehr fortwährte; zumal da derselbe nach der unwidersprochnen Angabe der Kläger nie gesagt hat, daß er nicht liefern wolle, sondern dieselbe bloß mit leeren Entschuldigungen hingehalten hat.

277. Meditation.

Ein Bürger kann von dem Retrakt nicht ausgeschlossen werden, wenn er gleich nicht in der Stadt wohnt, wo er das Bürgerrecht hat.

§. 1.

Noch in vielen Städten ist der Retrakt in den Fällen eingeführt, wenn Bürger ihre Güter an einen Fremden verkaufen. In den Statuten einer gewissen Stadt war hierüber folgendes verordnet: können alle Bürger dieses Orts sich des Abtrieb-Rechts gegen die Auswärtigen bedienen.

§. 2.

Ob nun hier unter dem Worte Bürger bloß derjenige zu verstehen sey, der wirklich in der Stadt wohnt, oder ob unter dieser Benennung auch derjenige begriffen sey, der zwar das Bürgerrecht hat, aber sich nicht in der Stadt aufhält,

hält, sondern anderwerts seine Wohnung hat; darüber wurde, wie ein Bürger eines seiner Grundstücke an einen Fremden verkauft hatte, ein andrer aber, der zwar das Bürgerrecht hatte, allein nicht in der Stadt wohnte, sich des Retrakts bedienen wollte, sehr gestritten.

§. 3.

Nach jenen oben angeführten Worten der Statuten, steht der Retrakt ohne Unterschied allen Bürgern zu. Wenn nun derjenige, der das Bügerrecht einer Stadt hat, unstreitig mit unter die Bürger der Stadt gerechnet werden muß, so muß er auch die, mit diesem Bürgerrechte verknüpfte, Vortheile genießen a).

§. 4.

Unerheblich ist der Einwurf: daß bey solchen Bürgern der Grund, warum der Retrakt eingeführet sey, wegfalle. Denn der Grund, warum der Retrakt eingeführt worden ist, ist der, daß nicht bürgerliche Güter von auswärtigen, d. i. solchen, die keine Bürger sind, besessen wer-

a) Ius retractus est commune beneficium omnium, qui lege vel moribus non reperiuntur exclusi. *Mevius* part. 8. dec. 69. nr. 5.

werden. Hier aber ist ja kein auswärtiger, sondern ein wirklicher Bürger; und mußte daher auch in dem angeführten Falle der Retrakt statt finden b).

b) *Schoepf* de iure retractus §. 11. *Koch* de iure vicinitatis §. 12. *Wahl* de iure protimiseos seu retractui territoria §. 12. *Leyser* sp. 196. med. 5. Das Gegentheil behaupten *Lynker* resp. 51. nr. 20. seq. *Knipschild* de iure civit. imper. lib. 2. cap. 29. nr. 159.

278. Meditation.

Ein Ehemann, der wegen seines verschuldeten Zustandes seiner Frau den Brautschatz hat restituiren müssen, kann denselben wieder zurückfordern, wenn er in bessere Vermögensumstände geräth.

§. 1.

In dem ersten Bande dieser Meditationen haben wir, und zwar Medit. 36 erwiesen, daß eine Frau, ungeachtet sie den verschuldeten Zustand ihres Ehemanns gewußt hat, berechtiget sey, den eingebrachten Brautschatz wieder zurückzufordern. Ob nun aber der Ehemann eben so befugt sey, in dem Falle, wenn er in bessere Vermögensumstände gekommen ist, auf die Wiederherausgabe des Brautschatzes zu bestehen? ist eine Frage, in deren Beantwortung die Rechtsgelehrten a) von einander abweichen.

a) Es bejahen diese Frage: *Gail* Lib. 2. obs. 85. *Struv* ex. 30. §. 56. *Böhmer* introd. ius

§. 2.

Es ist wahr, daß keine einzige gesetzliche Disposition anzutreffen sey, worin jene Frage auf eine oder die andre Art entschieden ist; aber eben dieses Stillschweigen der Gesetze und die Analogie der Rechte, ist Grund für unsre Meinung. Der Gesetzgeber sagt: daß, wenn während der Ehe der Mann in Abnahme seines Vermögens komme, so daß die Frau Gefahr laufe, den Brautschatz zu verlieren; diese den Brautschatz zurückfordern könne b). Der Grund dieser Gesetze ist die Armuth des Ehemanns, und die daraus entspringende Gefahr in Absicht der Sicherheit des Brautschatzes. Sobald nun dieser Grund wegfällt, so müssen auch dem Ehemanne die völligen Rechte, die er auf den Brautschatz hat, wieder hergestellt werden, da als-

ius dig. Tit. soluto matr. dos quemadm. pet. §. 2. *Leyser* sp. 317. med. 1. 2. 3. *Hellfeld* iurisp. forens. Tit. Solut. matrim. §. 1276. *Walch* introd. in contr. iur. civ. recent. Sect. 1. cap. 2. membr. 1. §. 23.

Hingegen verneinen solche: *Giphanius* ad L. 29. C. de iur. dot. *Barbosa* ad L. 24. ff. solut. matr. nr. 32. und noch andre ältre Rechtsgelehrte.

b) L. 24. ff. solut. matr. dos quemadm. pet. L. 29. de iur. dot. L. un. C. si dos const. matr. sol. fuerit.

alsdenn die Frau kein gegründetes Recht haben kann, denselben an sich zu behalten.

§. 3.

Aber noch mehr wird die Wahrheit unsrer Meinung dadurch bestärket, wenn wir die Analogie der Rechte zu Hülfe nehmen. Von den verschiednen, in den Gesetzen vorkommenden Fällen, wollen wir hier nur zwey anführen. Bekannt ist es, daß, sobald jemand sein Vermögen auf eine liederliche Art herdurch bringet, die Obrigkeit berechtigt sey, einem solchen Verschwender einen Kurator zu setzen; so wie sie solches auch bey einem wahnsinnigen und einfältigen Menschen thun muß. Beträgt erstrer aber nachher sich wieder als ein ordentlicher und haushälterischer Mann, kommt leztrer wieder zum völligen Gebrauch seiner Vernunft: so hört, wie die Gesetze sagen c) die Kuratel ipso iure wieder auf. Wenn also die Gesetze in ähnlichen Fällen so geurtheilt haben, warum sollen wir hier denn nicht eben so urtheilen.

§. 4.

Dieser unsrer Behauptung sezt man die *L.* 15. §. 7. *ff. qui satisd. cogant.* entgegen, worin ge-

c) *L.* I. *pr. ff. de curat. fur. et al.* tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furio-

gesagt wird: *possessor autem quis, nec ne fuerit, tempus cautionis spectandum est, nam sicuti ei, qui post cautionem vendidit, nihil obest; ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere coepit.* So wie also nach diesem Gesetze derjenige, welcher nach eingelegter Caution unbewegliche Güter erlangt, nicht verlangen kann, von der Kaution entlediget zu werden, eben so, glaubt man, könnten auch hier die veränderten Vermögensumstände des Ehemanns nicht in Erwägung gezogen werden. — Aber daß diese Folge ganz falsch sey, daß man hier von verschiednen Dingen auf verschiedne Dinge schließe, lehrt das Gesetz selbst. Der Grund, warum ein solcher, der nach geleisteter Kaution unbewegliche Güter erwirbt, dennoch nicht von seiner gemachten Kaution befreit wird, ist der, weil man hier auf die Zeit sieht, da Kaution gemacht werden muß, und also nur derjenige davon frey ist, der zu der Zeit unbewegliche Güter besaß. Dies alles aber paßt, wie man ohne weitres Erinnern leicht einsehen wird, nicht hieher.

§. 5.

Ferner sagt man, könne die Regel, daß wenn der Grund des Gesetzes aufhöre, auch die

riosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit, quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.

die gesetzliche Disposition wegfalle, hier keine Anwendung finden, weil diese Regel nur bey solchen Handlungen, die noch nicht zu ihrer völligen Wirklichkeit gelangt wären, eintrete; hier aber sey schon der Brautschatz wirklich der Frau restituiret worden.

In der That bedarf dieser Einwurf keiner speciellen Antwort, da er von selbst zerfällt. Denn der Mann ist, so lange er lebt, Herr des Brautschatzes; hat er nun seiner Frau den Brautschatz herauszahlen müssen, so geschah das bloß wegen der Gefahr, den Brautschatz zu verlieren. Fällt diese Gefahr weg, so hört von Seiten der Frau aller Grund auf, den Brautschatz noch weiter an sich behalten zu wollen, und der Mann kann also, durch die condictio sine causa, solchen wieder zurückfordern. Nach diesen Grundsätzen wurde denn auch, in einem gewissen Falle, da ein Ehemann seiner Frau wegen verschuldeten Zustandes den Brautschatz restituiren müssen, hernach aber durch eine Erbschaft in bessere Vermögensumstände gesetzt wurde, erkannt, und die Frau zur Wiederherausgabe des Brautschatzes verurtheilet.

---

279. Meditation.

In possessorio summariissimo findet die Apellation wider ein, den Besitzstand entscheidendes Urtheil, nicht Statt.

§. 1.

In der *L. un. C. si de moment. poss. fuer. appel.* ist versehen *cum de possessione et eius momento causa dicitur, te si appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortitur effectum*, und dadurch also die Appellation in possessorio summariissimo deutlich verworfen. Von dieser Verordnung aber geht das geistliche Recht a) ab, als welches in dergleichen Sachen die Appellation zuläßt.

§. 2.

Bey diesem Widerspruch der Rechte, ist es also auch nicht zu verwundern, wenn die Rechtsge-

a) C. 10. et 15. X. de rest. spol. Cap. 2. X. ut lite non contest. Clem. un. de caus. propr. et poss.

gelehrten bey der Frage: ob in possessorio summariissimo die Appellation zulässig sey? nicht einerley Meinung sind. Viele verwerfen die Appellation b), andre halten solche für zulässig c), noch andre machen verschiedne Distinktionen, nach welchen sie jene Frage beantworten. So sagt nemlich ein Theil d), man müsse darauf sehen, ob in dem, in possessorio summariissimo gefällten, Urtheil zugleich wegen der Kosten und Schaden, oder auch auf Strafe erkannt sey, oder nicht: ein andrer e) ob beide Theile oder nur ein Theil appelliret habe; ein drit-

b) *Gail* lib. 1. obs. 7. nr. 7. *Mynsinger* Cent. 6. obs. 13. *Carpzov* part. 1. const. 19. def. 24. *Struv* ex. 50. §. 4. *Berger* Oecon. iur. lib. 4. Tit. 30. §. 5. nr. 15. et in elect. poss. sum. §. 44. Ludovici Civil-Prozeß Kap. 1. §. 7. *J. H. Böhmer* de vero usu possessorii ordinarii et summarii cap. 3. §. 15. *Wernher* part. 2. obs. 387.

c) *Mevius* part. 1. dec. 25. nr. 10. *Rivinus* Enunc. ad tit. 35. enunc. 8. *Wernher* p. 1. obs. 85. *Hommel* de process. possess. summariiss. qu. 8.

d) Fredersdorf Justiz Beamter Band 2. Th. 2. Absch. 3. Kap. 23. §. 11. Nr. 3. *Leyser* spec. 655. m. 57.

e) *Giebner* princ. proc. iudic. lib. 2. cap. 7. §. 15. *Berger* Elect. disc. forens. Tit. 35. obs. 2. not. 1.

dritter f) läßt die Appellation quoad effectum devolutivum, nicht aber quoad effectum suspensivum zu.

§. 3.

Ob es nun zwar an sich gegründet und richtig ist, daß, wenn in der Materie des Prozesses, das römische und geistliche Recht von einander abweichen, leztres befolget werden; so glauben wir doch, daß hier um so mehr ersters befolgt werden müsse, da überhaupt bey dem possessorio summariissimo die Formalitäten des Prozesses zum Theil wegfallen, und bloß auf den Besitzstand gesehen wird. Ueberdem macht ja, das in possessorio summariissimo gesprochne Urtheil, kein eigentliches Endurtheil, wodurch die Sache auf einmal entschieden wird, aus; sondern es wird nur ein Nebenpunkt, wer nemlich während des Rechtstreits in Besitz seyn soll, entschieden. Auch selbst jene Stellen des geistlichen Rechts stehen uns nicht entgegen, da solche ganz füglich von dem possessorio ordinario können verstanden werden.

§. 4.

f) *Stryk* de act. forens. invest. Sect. 2. membr. 3. §. 9. *Ludovici* in addend. zum Civ. Prozeß Kap. 1. §. 7. et in usu practico distinct. iurid. dist. 1. not. 6. *Brunnemann* process. cap. 28. nr. 14.

§. 4.

Allein diesem ungeachtet kann es doch Fälle geben, wo die Appellation zugelassen werden muß. Zu diesen rechnen wir 1), wenn in dem in possessorio summariissimo gefällten Urtheil zugleich auf Schaden und Kosten erkannt ist; denn ein solches Urtheil ist der Natur und Eigenschaft des possessorii summariissimi zuwider g); daher denn auch der Oberrichter das Urtheil in diesem Stücke reformiren kann, ohne jedoch das Erkenntniß wegen des Besitzstandes abzuändern h). 2) Wenn in der Sache selbst nichtig ist verfahren worden i); da auch in den Sachen, wo sonst keine Appellation statt findet, doch solche wegen begangener Nullitäten zugelassen wird. 3) Wenn dieses Urtheil jemanden ein unwiderbringlicher Schade, d. i. ein, solcher, der in ordinario oder petitorio nicht wieder gut gemacht werden kann, zugefügt ist k). 4) Wenn das possessorium summariissimum mit dem petitorio cumulirt ist l).

280 Me-

g) *Leyser* l. c. med. 57. *Brocks* select. obs. Obs. 368.
h) *Leyser* l. c. med. 56.
i) *Mevius* P. 9. dec. 14. nr. 4.
k) *Klock* de contrib. cap. 19. nr. 127.
l) *Mevius* l. c. nr. 3. *Carpzov* Lib. 1. resp. 14.

280. Meditation.

Die Gewähr muß auch in Absicht derjenigen Sachen, die einem andern durch einen Vergleich überlassen worden sind, geleistet werden.

§. 1.

Der Grund, aus welchem wir die Gewährsleistung von einem andern zu fordern berechtigt sind, lieget entweder in der Natur und dem Wesen des Geschäfts selbst; oder in einem dieserhalb besonders eingegangenen Vertrage; oder in der Arglist und dem Betruge des andern. Von dem ersten Falle ist gegenwärtig nun die Rede.

Zu diesem rechnen wir diejenigen Kontrakte, oder solche, mit einem andern eingegangene, Geschäfte und Conventionen, in welchen jemand ausdrücklich, oder auch stillschweigend erklärt hat, daß er auf uns ein gewisses Recht übertragen wolle, so daß wir es haben und behalten sollen. Die Uebertragung eines solchen Rechts auf

auf uns, ziehet auch für den andern, der es uns übertragen hat, die natürliche, auch durch die Gesetze anerkannte, Verbindlichkeit nach sich, uns bey diesem Rechte zu schützen, und wenn es uns von einem Dritten abgestritten wird, dieserhalb die Gewähr zu leisten.

Von dieser allgemeinen Regel und Verbindlichkeit, kann auch in dem Falle keine zu Recht beständige Ausnahme gemacht werden, wenn auf uns durch einen Vergleich, Rechte und Sachen übertragen worden sind a). Hier tritt gleicher Grund, wie bey jedem andern Kontrakte, als dem Kaufe, dem Tausche ꝛc. ein, und es läßt sich daher, ohne offenbar wider das Wesen einer solchen Convention, und wider die Absicht der transigirenden Theile, anzustoßen, nicht behaupten, daß hier die Gewährsleistung nicht ebenfalls Statt finden soll.

In dem Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten Th. 1. Tit. 5. §. 318. wird folgendes dieserwegen bestimmt:

a) *Hartm.* Pistor. obs. 227. nr. 39. *Carpzov* part. 2. const. 34. def. 28. *Mevius* part. 5. dec. 341. *Lauterbach* Colleg. th. pr. Tit. de evict. §. 73. *Stryk* V. M. Tit. de hered. vel act. vend. §. 7. *Horn* Cons. et resp. Cl. II. resp. 56. *Wernher* part. 3. obs. 135. Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. B. 114. *Waechtler* de evict. in opusc. p. 8.

Bey allen listigen Verträgen, wo nicht besondere Gesetze, oder ausdrückliche Verabredungen ein anders mit sich bringen, muß ein Theil dem andern dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sachen, nach der Natur und dem Inhalte des Vertrags, bedienen könne.

§. 2.

Um nun unsre, in der Natur der Sache schon gegründete Meinung noch mehr zu beweisen, berufen wir uns auf die *L.* 33. *C. de transact.* In diesem Gesetze heißt es: *si pro fundo, quem petebas, praedium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit, nec eo tempore minor viginti quinque annis fuisti, licet hoc praedium obligatum post, vel alienum pro parte fuerit probatum: instaurari decisam litem prohibent iura. Ex stipulatione sane si placita servari secuta est, vel, si non intercesserit, praescriptis verbis actione civili subdita, apud rectorem provinciae agere potes. Si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quaestionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit, nihil petere potes.*

§. 3.

Eben dieses Gesetz, aus welchem wir unsre Meinung beweisen, ist es, worin die gegenseitige

tige Meinung b) gegründet seyn soll. Allein, wenn man das Gesetz mit einiger Aufmerksamkeit ansieht, so wird man finden, daß solches von zwey ganz verschiednen Fällen rede. Der erste Fall ist nemlich der, wenn durch einen Vergleich eine Sache einem andern überlassen ist; der zweyte, wenn beyde Theile sich das, worüber sie bisher gestritten, erlassen haben. Daß nun in diesem leztern Falle keine Gewährsleistung statt finden könne, ist an und für sich selbst klar, denn hier behält ein jeder das, worüber gestritten worden ist. Ganz anders aber ist es in Ansehung des ersten Falls, da einem von den streitenden Theilen eine andre und also eine fremde Sache abgetreten wird.

b) *Cabalinus* in tract. de evictionibus §. 4. nr. 46. *Voet* ad ff. Tit. de evictionibus §. 10.

281. Meditation.

Der Beweisführer kann sich in erster Instanz auch alsdenn noch der Eideszuschiebung bedienen, wenn er durch die vorhin gebrauchten Beweismittel nichts erwiesen hat.

§. 1.

In Rechtsstreitigkeiten tritt sehr oft der Fall ein, daß jemand seine Intention durch Zeugen oder Urkunden sicher zu erweisen hoffet, und dennoch seinen Zweck nicht erreichet. Dies geschiehet besonders alsdenn, wenn über solche Sachen Beweis geführt werden muß, die nur selten, oder gar nicht, oder nur sehr unvollständig zu anderer Leute Wissenschaft gelangen. — Weil nun niemand gern bey dem ihm auferlegten Beweise gleich zur Eideszuschiebung seine Zuflucht nimmt, und dadurch seinen Gegentheil zum Richter in seiner eigenen Sache machet: so bedient man sich lieber andrer Beweismittel, hoft da-

damit fertig zu werden, und verfehlet doch seines Zwecks.

§. 2.

Bey solchen Fällen kann nun die, für den Beweisführer sehr wichtige, Frage entstehen: ist es jezt dem Beweisführer in erster Instanz auch noch erlaubt, seinem Gegentheil, über das Beweis-Thema, einen Eid zuzuschieben? Wer wird diese Frage, nach den Regeln der Billigkeit, ohne auf Rechtsvorschriften Rücksicht zu nehmen, nicht gern bejahen; und warum sollten wir das auch nicht thun, wenn die Gesetze selbst nicht das Gegentheil verordnen?

Man denke sich den möglichen Fall: es hat jemand wegen eines großen Theils seines Vermögens einen Rechtsstreit, hat seine darüber in Händen gehabte Documente durch Unglücksfälle verloren, will seine Forderung durch Zeugen erweisen; diese aber, entweder weil sie nicht wollen, oder weil ihnen die Umstände und eigentliche Beschaffenheit davon nicht mehr genau bekannt sind, können keine Erläuterung in der Sache geben: soll nunmehr einem solchen auch nicht der lezte Weg zum Beweise, die Eideszuschiebung an seinen Gegentheil, offen stehen?

§. 3.

Mehrere Rechtsgelehrte a) haben diese sehr billige Meinung angenommen, und der gegenseitigen vorgezogen, selbst auch dann, wenn gleich der gesetzliche, oder der vom Richter festgesetzte Beweistermin, durch den zuerst geführten Beweis, schon abgelaufen ist. Will man nun auch nicht allein auf Billigkeit Rücksicht nehmen, wie dieses einem Richter nicht immer frey stehet: so fehlt es doch eben wenig an rechtlichen Gründen, die für die diesseitige Meinung streiten.

§. 4.

Nach dem römischen Rechte b) ist es dem Beweisführer erlaubt, im Processe, wenn er will, bis

a) *Mevius* P. 4. dec. 5. *Coccdii* ius controv. Lib. 12. tit. 2. qu. 25. *Stryk* usus mod. Lib. 12. tit. 2. §. 25. Strube rechtl. Bedenken Th. 1. Bed. 164. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 154. *Böhmer* de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum §. 13. in Elect. iur. civ. Tom. 2. ex. 14. p. 670. Cramers Wezl. Nebenst. Th. 97. Nr. 2. *Gribner* proc. iud. Lib. 1. cap. 4. Sect. 1. §. 4. *Voet* ad pand. Tit. de iureiur. §. 2. *ICti Tubing.* V. 1. cons. 66. nr. 18. cons. 68. nr. 14. *Canngiesser* in dec. summ. prov. sen. Hass. Cass. Tom. 1. dec. 139.

b) *L. 12. C. de rebus cred. in pr.* Omne igitur iuramentum, sive a iudicibus, sive a parti-

bis zum Urtel, seinem Gegentheil einen Eid zuzuschieben, und ist hier der Fall nicht davon ausgenommen, wenn jemand schon andere Beweismittel gebraucht hat. Die der gegenseitigen Meinung zugethanen Rechtsgelehrten c) sagen zwar, dies sey nur von dem Falle zu verstehn, wenn der Beweistermin noch nicht abgelaufen wäre; indem im römischen Rechte kein peremtorischer Beweistermin vorgeschrieben sey: allein wenn wir dies auch zugeben: so können wir solches doch nicht weiter ausdehnen, als gerade auf den bestimmten Fall, wenn der Beweisführer den ihm gesetzten Beweistermin hat versäumt und ablaufen lassen, ohne den Beweis anzutreten.

§. 5.

In unserm angenommenen Falle hat aber der Beweisführer den Beweistermin nicht versäumt, er hat den Beweis angetreten. Ihm kann es

G 5 nicht

tibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso iudice detur, non expectata vel ultima definitione, vel provocationis formidine.

c) *Martini* ad proc. Tit. 19. §. 1. nr. 35. Ludovici Einleitung zum Civil-Prozeß Kap. 19. §. 2. Pufendorf Prozeß P. 3. cap. 5. §. 8. Knorr Prozeß-Buch 1. Hauptst. 13. §. 3. *Böhmer* de probat. per iuram. delat. Tom. 3. Ex. 17. ad D. §. 19.

nicht zur Last gelegt werden, wenn der Beweis für ihn nicht gut ausgefallen ist, denn sicher wird niemand mit Vorsatz schlechte Beweismittel wählen, wenn er den Ausgang des Beweises vorher wissen könnte. Er konnte auch nicht zugleich mit seinen Beweismitteln die Eideszuschiebung verbinden, und sich ihrer dabey bedienen, weil dieses über einen und denselben Punkt nach den Rechten nicht erlaubt ist.

§. 6.

Ferner kann man, unsrer Meinung nach, im gegenwärtigen Falle immer analogisch von dem Reinigungseide auf den Haupteid den Schluß machen, und annehmen, daß, so wie der Richter dem Gegentheil den Reinigungseid auflegen kann, wenn der Beweisführer seinen Beweis nicht hinlänglich ersetzt hat, obgleich der Beweistermin schon verflossen ist: daß eben so auch dem Beweisführer frey stehe, seinem Gegner den Haupteid zuzuschieben, wenn er durch seine Beweismittel nichts erwiesen hat. Denn so wie der Reinigungseid Beweiskraft hat, so hat es auch der Haupteid; und so wie jenen der Gegner ausschwören muß, wenn der Beweisführer seinen Beweis nicht halb ersetzt hat, eben so muß diesen derselbe ausschwören, wenn der Beweisführer nichts erwiesen hat, und er ihm solchen zuschiebet.

§. 7.

Endlich giebt die gegenseitige Meinung auch zur Verlängerung und zum Aufenthalt der Prozeß-Gelegenheit, dahingegen die diesseitige solche eher abkürzet, und die Prozesse auch nicht so kostbar macht. Die Wahrheit hievon ist leicht einzusehen. Denn will man in erster Instanz dem Beweisführer die Befugniß nicht einräumen, seinem Gegentheil, nach bereits geführten, aber für ihn schlecht ausgefallenem Beweise, den Hauptend zuzuschieben: so kann ihm doch solches bekanntlich nach dem jüngsten Reichsabschiede von 1654 §. 73 und 74 in der Appellationsinstanz nicht abgesprochen werden; weil ihm in dieser Instanz darnach nachgelassen ist, dasjenige, was in voriger Instanz nicht oder bereits schon vorgekommen ist, ferner oder besser zu erweisen ꝛc. Was hilft es also, hier unnöthige Weitläuftigkeiten und Kosten zu machen, da man doch im gegenwärtigen Falle eben so gut, besser und geschwinder in erster Instanz seinen Zweck erreichen kann? Auch für den Gegentheil liegt in unsrer Behauptung gar nichts unbilliges und ungerechtes. Denn wer ein gutes Gewissen hat, der kann auch ja leicht einen Eid schwören, und ob er dieses in erster oder in der Appellationsinstanz thut, das muß ihm in wesentlichen gleich seyn.

282. Meditation.

Wenn jemand einen Richter mittelst des *iuramenti perhorrescentiae* recusiren will: so muß er die Ursachen des Verdachts wenigstens anführen und wahrscheinlich machen.

§. 1.

Für streitende Partheien ist es gewiß eine große Beruhigung, wenn ihre Klagesachen in die Hände solcher Richter kommen, zu denen sie Zutrauen hegen, und die sich nicht, auf eine oder andere Art, den Verdacht zugezogen haben, daß sie nicht mit völliger Unpartheilichkeit und Gewissenhaftigkeit ihre Streitsachen beurtheilen und entscheiden werden. Auf der andern Seite aber ist es auch für einen Richter kränkend und beleidigend, wenn eine Parthey, ohne die geringste Ursache anzugeben, ihn verdächtig machen, und der Partheilichkeit beschuldigen will.

§. 2.

Deswegen ist denn auch in den Gesetzen a) verordnet, daß es den streitenden Partheien frey stehen soll, einen verdächtigen Richter zu recusiren, wenn sie dazu gegründete Ursachen angeben können, solche entweder erweisen, oder mittelst des iuramenti perhorrescentiae bekräftigen, daß man nicht glaube, der Richter werde einem wider den jetzigen Gegentheil unpartheiische Gerechtigkeit wiederfahren lassen.

§. 3.

Es giebt verschiedene Rechtsgelehrte b), welche dafür halten, daß derjenige, welcher einen Richter recusiren will, gar nicht nöthig habe, die ihn dazu bewegenden Ursachen anzugeben, son-

a) L. 16. C. de iudiciis. Cap. 36. 41. 61. X. de appellat. Cap. 5. X. de except. Cap. 10. X. de foro comp. Cap. 11. de rescript. in 6to.

b) *Feltmann* de iuramento perhorrescentiae. *Stryk* Introd. ad prax. forens. cap. 9. §. 17. Ludovici Einleitung zum Civil-Prozeß Kap. 12. §. 6. *Leyser* sp. 67. corr. 3 und in supplem. ad sp. 67. Tom. 11. *Wiese* et *Detharding* Disq. iur. de usu et abusu iuram. perhor. 1790. in Klubers kleine jurist. Bibliothek B. 5. S. 450. *Apell* Diss. de remediis et causis recusandi iudicem 1792. in Klubers k. j. Bibl. B. 7. S. 95.

sondern es hinlänglich sey, sich blos zu dem iuramento perhorrescentiae zu erbieten, und solchen auszuschwören; weil dieser, statt des Beweises, diene, auch nach dem *Cap.* 11. *de rescript. in 6to.* der Eid hier allein hinlänglich sey.

§. 4.

Allein, wenn man auch das Iuramentum perhorrescentiae hier als Beweismittel gelten lassen will: so folgt doch ebenfalls daraus, daß alsdenn eine Ursach zum Grunde gelegt werden muß, die durch diesen Eid erwiesen werden soll. Ist dies, so muß natürlich auch eine solche bewegende Ursache zum Verdachte angeführt und wahrscheinlich gemacht werden.

Ferner stehet in dem *Cap.* 11. *de rescr. in 6to.* auch gar nicht, daß das iuramentum perhorrescentiae zur Recusation des Richters allein hinlänglich sey. Hier werden nur die Ursachen angeführt, aus welchen die Untersuchung einer Klagesache auch einem Richter, der nicht an dem Orte angestellt ist, wo Kläger und Beklagter wohnet, aufgetragen werden könne. Die beyden lezten angeführten Ursachen sind: *vel nisi actor eandem civitatem seu dioecesim intrare non audens; aut sui adversarii potentiam merito perhorrescens.* Hierauf heißt es: *Sed et in duobus ultimis casibus, nisi impetrans de praedicto timore (quem in litteris commissionis exprimere tenea-*

neatur) primo fidem iudici faciat, saltem per proprium iuramentum; iudex ipse nullatenus in causa procedat etc. Nach diesem Gesetze soll der Kläger, der sich aus gegründeter Furcht, vor dem Richter seines Wohnortseinzulassen, scheuet, diese Furcht dem Richter anzeigen, und glaubhaft machen, wenigstens lezters mittelst eines Eides thun. Die Ursach, welche hier in einer gegründeten Furcht lieget, muß also auch nach diesem Gesetze immer angeführet werden.

§. 5.

Die diesseitige Meinung c), nach welcher Kläger oder Beklagter vorher die Ursachen des Verdachts anzeigen und wahrscheinlich machen muß, wenn er den Richter recusiren will, ist den analogischen Rechtsgrundsätzen weit angemessener, und zur Verhütung sonst sehr leicht entstehender Misbräuche billiger. Denn jeder Richter hat und muß auch die Vermuthung für sich haben, daß er ein ehrlicher Mann sey, und in den, bey seinem Gerichte vorkommenden, Rechts-

c) *Mevius* P. 2. dec. 154. P. 6. dec. 71. *Gail* Lib. 1. obs. 33. *Wernher* P. 5. obs. 165. P. 7. obs. 84. *Coccell* Ius contr. Lib. 12. tit. 2. qu. 15. *Berger* discept. forens. Tom. 1. pag. 354. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 180. Strube rechtl. Bedenken Th. 4. Bedenken 11. *Lauterbach* de iuramento perhorrescentiae.

Rechtssachen unpartheiischen Justizpflege. Derjenige also, welcher dieses nicht glaubet, muß deshalb die Ursachen seines Verdachts anzeigen und wahrscheinlich machen.

§. 6.

Ferner würde dies auch zu Misbräuchen Anlas geben, wenn man den Partheien das Recht zugestehen wollte, den ihnen vorgesetzten Richter, ohne Anzeige und allenfalsige Bescheinigung einer wichtigen Ursache, zu perhorresciren. Denn so könnte oft blos Eigensinn, oder irriger Wahn der Partheien, den Richter verdächtig machen, und in Ausübung seines ihm aufgetragenen Amts hinderlich seyn.

§. 7.

Auch hat die diesseitige Meinung nichts unbilliges und strenges für die Partheien, weil wir nicht, wie einige, auch verschiedene unter den in der Note c, angeführten Rechtsgelehrten thun, einen halben Beweis der, den Richter beschuldigten, Verdachts Ursache verlangen. Ist Verdacht gegen einen Richter, warum sollte man denn die Ursache desselben verhehlen und nicht anzeigen? Betrift dieser Verdacht ein Untergericht: so kann die Anzeige ja gleich dem Obergerichte; betrift sie dieses, so kann sie dem Direktorio des Gerichts geschehn und wahrscheinlich gemacht werden.

§. 8.

§. 8.

Bey mehrern Gerichten wird die Anzeige und allenfalsige Bescheinigung der Verdachtsursachen auch erfordert. Beym kaiserlichen Reichskammergerichte wird dieses auch beachtet d) und in dem Visitationsabschiede von 1713 §. 67. ist verordnet: **Wenn aber die Parthey nach der Hand einen oder den andern Beisitzer aus triftigen und erweislichen Ursachen für verdächtig angeben, mithin auch allenfals die Veränderung des Re- und Correferenten bitten würde, so soll dem Herrn Kammerrichter oder dessen Amtsverweser, solchem Verlangen, nach Gestalt und Wichtigkeit der Sachen, entweder mit Rath der Präsidenten, oder einiger alten erfahrnen Beysitzer, oder wol gar des *Pleni* statt geben.**

§. 9.

In der Fürstlich lippischen Kanzleyordnung von 1770 §. 5. ist folgendes hierüber gesetzlich verordnet: **Nachdem auch ein Misbrauch bey dem, in den Rechten zugelas-**

d) Concept der Kammergerichts-Ordnung von 1613. I. 19. §. 5 und 34. §. 14. Visit. Abschied von 1713. §. 62 und 67. Cramer Wezlar. Nebenstunden Th. 2. S. 155.

lassenen, *iuramento perhorrescentiae* in verschiedenen Fällen bemerkt worden, und das Erbieten dazu bisher öfters ohne zureichende Ursachen geschehn ist, Wir aber nicht zugeben können noch wollen, daß dabey zum Nachtheil Unserer Gerichte die wahre Absicht der Gesetze überschritten, und folglich durch dieses Mittel der Gerechtigkeit mehr geschadet, als Vortheil verschaffet werde: So verordnen Wir hiemit, daß künftig die bloße *oblatio ad iuramentum perhorrescentiae* keine zureichende *causa recusationis* seyn, sondern zugleich wichtige und gegründete *causae suspicionis* angeführet werden sollen. Im Fall also eine Parthey solche wichtige und gegründete *causas suspicionis*, und damit intendirten Rekusation haben sollte; so hat dieselbe solche dem Direktorio des Gerichts insgeheim, jedoch schriftlich mit dem Erbieten *ad iuramentum perhorrescentiae* anzuzeigen, und dahin anzutragen, daß, weil sie sich aus den angeführten Ursachen, von dem in der Sache ernannten Referenten, eine unpartheiische Justizpflege nicht versehen könne, sie zu dem erbetenen *iuramento perhorrescentiae* zugelassen, und demnächst nicht nur ein anderer Referent bestellet, sondern auch zugleich verordnet werde, daß der bisherige Referent *in progressu causae*, sich alles Votirens darin ent-

enthalten möchte. Hierauf soll das Direktorium solche Anzeige dem Collegio, jedoch mit Ausschließung dessen, gegen den sie geschehn, vortragen, die angeführten Ursachen, und ob sie an sich wichtig genug, auch zureichend wahrscheinlich gemacht sind, mit demselben erwegen, und darauf nach Befinden dergestalt verfügen, daß, wenn die angeführten Ursachen für wichtig und gegründet erkannt werden, nach dem verschiedenen Grad, worin dies geschehn, entweder ohne, oder mittelst wirklicher Leistung des *iuramenti perhorrescentiae*, dem gethanen Suchen willfahret; falls aber die vorgebrachten Ursachen für ganz ungegründet erachtet, und dabey gewis würde, daß das Suchen aus böser Leidenschaft, und zur Beleidigung des Referenten geschehn, so wol der Anwald mit Suspension, oder nach Befinden mit Cassation, als auch die Parthey, wenn es mit ihrem Vorbewust geschehn, und dieselbe nicht von ihrem Anwald dazu verleitet worden, ganz nachdrücklich bestraft werde. Wären hingegen die angeführten *causae suspicionis* nicht völlig ungegründet, aber doch auch zur Recusation nicht wichtig genug gefunden, alsdenn, und so oft es sonst eine Parthey verlanget, soll vom Direktorio ein Correferent bestellt, auch noch dazu auf

Ansuchen, *instructa causa ad sententiam, transmissio actorum sumptibus petentis*, ohne Anstand und ohnweigerlich erkannt werden.

§. 10.

Es frägt sich nun hiebey noch, welche Ursachen einen Richter so verdächtig machen, daß er von einer Parthey mit Grunde recusirt werden könne? Wir antworten hierauf, daß jede Ursache, wegen welcher man einen Zeugen als verdächtig verwerfen kann, als zu nahe Verwandschaft, gar zu genaue Freundschaft, große Feindschaft, eigenes Mitinteresse des Richters ꝛc. auch einen Richter verdächtig macht, und hinreichend ist, ihn zu verhorresciren. Dies ist Regel, jedoch kommt hierbey, auf das Ermessen des Gerichts, bey welchem die Ursachen des Verdachts gegen den Richter angebracht werden, vieles an; und halten wir dafür, daß solches Gericht zur Beruhigung der Parthey, wenn von ihrer Seite keine feindselige Absichten gegen den Richter hervorleuchten, nicht gar zu genau in Beurtheilung dieser Verdachtsursachen seyn müsse.

---

283. Me-

283. Meditation.

Der Eid giebt einem, über die im Testamente hinterlassene Alimente abgeschlossenen, Vergleiche keine Verbindlichkeit.

§. 1.

In der *L. 8. ff. de transact.* ist verordnet: *cum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti: divus Marcus, oratione in senatu recitata, effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta; solet igitur Praetor intervenire, et inter consentientes arbitrari, an transactio, vel quae admitti debeat*, mit welchem die Gesetze, die *L. 8. C. de transact.* genau übereinstimmet. Dieses Gesetz macht, wie auch bey dem erstern Gesetze vorauszusetzen ist, einen Unterschied, unter den, von der bereits vergangenen Zeit rückständigen, und unter den noch künftig zu erwartenden Alimenten. Ueber die ersten findet ein Vergleich statt, über die leztern aber nicht anders,

 als

als mit obrigkeitlicher Einwilligung und Genehmigung. De alimentis *praeteritis*, heißt es, si quaestio deseratur, transigi potest; de *futuris* autem sine Praetore, seu Praeside interposita transactio, nulla auctoritate iuris censetur.

§. 2.

Daß hier der Gesetzgeber ganz weise, den Vergleich über zukünftige Alimente, wenn er ohne obrigkeitliche Genehmigung abgeschlossen ist, für ungültig erklärt hat, ist nicht zu verkennen. Leichtsinnig würden gewis manche, welche nur für den heutigen Tag, und nicht für die Zukunft leben, einen solchen Vergleich, ohne auf die Folgen zu denken, eingehen, und sich dadurch vielleicht der größten Dürftigkeit blosstellen, auch nachher sogar andern Leuten zur Last fallen.

Es ist daher in den Gesetzen der Obrigkeit zur Pflicht gemacht, hierauf besonders die Untersuchung anzustellen; und darauf, ob dieser Vergleich demjenigen, der die Alimente künftig zu fordern hat, auch nachtheilig seyn könne, Rücksicht zu nehmen a). Denn, Nachtheil von diesem abzuwenden, ist der Grund des Gesetzes, und wenn dieser aus dem Vergleiche nicht hervorgehet; so kann derselbe auch wegen künftiger

a) L. 8. pr. und §. 8. seq. ff. de transact.

ger Alimente außergerichtlich geschlossen werden. Deutlich wird dieses in §. 6. des zuerst angezogenen 8. Gesetzes gesagt:

Eam transactionem Oratio improbat, quae idcirco fit, ut quis repraesentatam pecuniam *consumat*. Quid ergo, si quis citra Praetoris auctoritatem transegerit, ut, quod per singulos annos erat ei relictum, consequeretur per singulos menses? aut quid, si quod per singulos menses ei relictum erat, consequeretur per singulos dies? quid deinde, si, quod consummato anno ut acciperet, initio anni consequatur? et puto eam transactionem valere, quia *meliorem conditionem suam* alimentarius tali transactione facit: noluit enim Oratio alimenta per transactionem intercipi.

§. 3.

Wenn nun der Gesetzgeber, bey Abschließung des Vergleichs über die zukünftigen Alimente, die obrigkeitliche Genehmigung verlangt, und dem Gerichte, vor Ertheilung der Genehmigung, eine gründliche Untersuchung darüber vorher zur Pflicht macht: so würde es sehr leicht seyn, jene gute Absicht des Gesetzgebers zu vereiteln, wenn ein solcher außergerichtlich abgeschlossener Vergleich, durch die eidliche Be-

stärkung dessen, der die Alimente erhält, gültig werden könnte! Und doch haben dieses verschiedene Rechtsgelehrte behauptet b).

Den Grund für ihre Behauptung suchen sie in dem geistlichen Rechte c), nach welchem der Eid den, auch an sich ungültigen, Handlungen eine neue Verbindlichkeit geben soll.

§. 4.

Allein, wenn es gleich wahr ist, daß nach dem geistlichen Rechte, viele in dem römischen Rechte für ungültig erklärte Handlungen, alsdenn eine verbindliche Kraft erlangen, wenn den Eid denselben hinzugekommen ist: so betrift dies doch nur höchstens solche Fälle, in welchem das Interesse des handelnden Theils allein zum Grunde liegt; nicht aber solche Handlungen und Verträge, die in den Gesetzen schlechtweg verboten sind, und die auch für einen Dritten leicht nachtheilig werden können d); wie dieses der Fall

b) *Brunnemann* ad. L. 8. ff. de transact. nr. 12. *Zoesius* ad. ff. eod. tit. *Struv* ex. 6. §. 58. *Stryk* V. M. tit. de transact. §. 11.

c) Cap. 28. X. de iureiur. Cap. 2. de paetris in 6.

d) *Rotermundt* de iureiurando actibus invalidis adiecto §. 10. *Ayrer* de abusu iuramenti pag. 149. *Ludovici* de genuino intellectu bro-

Fall bei künftigen Alimenten ist. Hat daher der Gesetzgeber einmal eine gewisse Form, unter welcher dergleichen Vergleiche geschlossen werden sollen, vorgeschrieben: so kann es auch hier nicht weiter in dem Willen der Partheien stehen, ob sie sich dieser gesetzlichen Vorschrift unterwerfen wollen, oder nicht. Die L 8. ff. und C. de transact. gehören allerdings zu den verbietenden Gesetzen, und dieserwegen muß auch alles, was dawider unternommen ist, so wie die L. 5. C. de legibus sagt: ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habentur, ungültig seyn.

§. 5.

In dem Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten ist Th. 1. Tit. 16. wegen des Vergleichs über Alimente folgendes verordnet:

brocardici: omne iuramentum servandum esse. *Hoffmann* de iurisiurandi obligatione accessoria 1762. *Strauss* Diss. observ. select. ex doctrina de iurament. compl. 1779. *Malblanc* de iureiurando Lib. 5. cap. 1. §. 117. Schorch von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen 1786. *Leyser* sp. 134. med. 1 und 2.

§. 412. Ueber rückständige Verpflegungsgelder, sind Vergleiche, wie über andere Sachen, zulässig.

§. 413. Ueber künftige Verpflegungsgelder kann ein Vergleich nur unter Bestätigung der ordinairen Gerichte des zu Verpflegenden geschlossen werden.

§. 414. Doch kann nur der, welcher die Verpflegung erhalten soll, den Mangel der gerichtlichen Bestätigung, gegen einen, ihm nachtheiligen, Vergleich vorschützen.

---

284. Meditation.

Das Vorzugsrecht, welches den Ehefrauen in Absicht ihres Brautschatzes zusteht, geht auch auf ihre Kinder und Enkel über.

§. 1.

Die Ehefrauen sind in Absicht ihres Brautschatzes oder Heurathsguths in den Rechten sehr begünstiget, indem sie nicht nur zur Sicherheit desselben eine stillschweigende Hypothek auf den Gütern des Mannes haben, sondern auch, daß diese Hypothek mit einem besondern Vorzugsrechte verbunden ist, vermöge dessen sie allen Gläubigern des Mannes, selbst solchen, die eine ältere Hypothek haben, vorgezogen wird a).

§. 2.

Daß nun dieses, den Ehefrauen verliehene Vorzugsrecht nicht auf ihre Erben übergehe, ist

a) Meditationen B. 1. Med. 21.

ist eine unbestrittene Wahrheit. Streitig aber ist es, ob den Kindern und Enkeln nicht eben die Vorzüge zugestanden werden müssen? Wir tragen kein Bedenken, dieses zu bejahen b), und werden unsre Meinung durch Gesetze hinlänglich nicht nur unterstützen, sondern auch die Schwäche der uns entgegenstehenden Gründe c) zeigen.

§. 3.

b) *Stephani* ad Nov. 91. *Carpzov* part. 1. const. 28. def. 96. et in Resp. lib. 4. resp. 22. et lib. 6. resp. 59. nr. 9. *Hahn* ad Wesenb. Tit. de privil. cred. nr. 3. *Richter* de privileg. credit. Cap. 18. nr. 44. *Klock* relat. Camer. vot. 124. nr. 128. et vot. 143. nr. 20. *Mevius* ad Ius. Lub. lib. 3. Tit. 1. art. 9. nr. 5. *Struv* ex. 44. §. 49. nr. 2. *Böhmer* introd. in ius dig. Tit. qui pot. in pign. §. 3. *Stephani* de privileg. creditor. et eorum ordine in concursu §. 69. *Leyser* sp. 319. med. 4. Gmelin Ordnung der Gläubiger beim Gantprozesse Kap. 3. §. 5. *Zoller* exerc. iur. quaest. continens an liberis intuitu bonor. matern. existente concursu in substant. patr. cum hyp. tac. ius prael. competat.

c) Die gegenseitige Meinung vertheidigen *Faber* Coniect. 13. *Hunnius* in resol. ad Treutler. vol. poster. disp. 24. th. 7. qu. 49. *Berger* oecon. iur. lib. 2. Tit. 4. th. 4. nr. 3. *Scharlach* obs. pract. de dotis privilegio 1798.

§. 3.

Zum Beweise unsrer Meinung berufen wir uns auf die *Nov.* 91 *pr.* worin folgender Fall enthalten ist. Ein Mann hatte nach dem Absterben seiner Frau sich zum zweitenmal wieder verheirathet; wie dieser nun darauf verstarb, forderte dessen Frau ihren Brautschatz wieder zurück, und verlangte darin einen Vorzug vor den Kindern erster Ehe, in Absicht des Brautschatzes ihrer Mutter, zu haben. Diesem widersprachen aber die Kinder erster Ehe, und es entstand daher die Frage, da beide wegen des Vorzugsrechts stritten: welcher von beiden hier vorgehe? Diese Frage wurde nun von Justinian zum Vortheil der Kinder entschieden. Doch wir wollen hier das Gesetz selbst reden lassen. *Dudum iudicantibus nobis in dubitationem venit causa multa correctione digna, et legislatione clariori non indigna. Etenim quidam prioris factus uxoris vir, cum eam extulisset, deinde secundae dotem suscipiens, et filios ex priore relinquens, obiit adhuc secunda superstite. Volebat igitur secunda uxor dotem a se datam exigere, privilegio utens a nobis dato; contradicebant autem ex priori matrimonio filii et ipsi maternam objicientes dotem. Et dubium erat, utrum etiam non superstite uxore priori, oporteret suscipi filios contra secundae dotem litigantes. Non aliis dedimus dudum, et damus hoc privilegium, aut heredibus aut crediribus, sed solis filiis.*

Was

Was kann klarer und deutlicher als dieses Gesetz seyn. Denn werden nach demselben die Kinder erster Ehe ihrer Stiefmutter in Absicht des Brautschatzes vorgezogen, wie vielmehr müssen sie denn nicht andern hypothekarischen Gläubigern, denen gar kein Vorzugsrecht zusteht, vorgezogen werden?

Man sagt zwar, daß dieses Gesetz, bloß auf den darin enthaltnen Fall eingeschränkt werden müsse, weil der Grund der Entscheidung darin liege, daß hier zwey privilegirte Personen mit einander konkurrirten, in welchem Falle denn nach der bekannten Regel: *privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur suo iure ac privilegio*, hier das Vorzugsrecht nicht in Betracht kommen könne.

§. 4.

Aber dieser Einwurf ist ganz unbedeutend. Konnte der, in dem Gesetze erzählte Fall, nach jener Regel entschieden werden, so war er in der That keiner besondern Gesetzgebung würdig, und es wäre ungereimt, daß Justinian denselben zu einem solchen Falle rechnete, der einer deutlichern Gesetzgebung bedürfe. Es traten überdem hier so viel Gründe, wie das Gesetz lehrt, für die Frau ein, daß solche, wenn man nicht auf das Vorzugsrecht, welches die Kinder erster Ehe hatten, hätte Rücksicht nehmen wollen,

diese gewiß eine andre Entscheidung würden bewürkt haben: *plurimae enim dubitationes*, wie es weiter heißt: *extiterunt iu hac causa, dicente secunda, quoniam expendisset, antequam ad eius venisset matrimonium, prioris uxoris dotem: et non esse iustum, suam quidem, quod tantum inventus est reliquisse vir, quantum sufficeret soli secundae, dotem eam perdere: illos autem expensam iam dotem percipere. Sed filii hypothecas proponebant, quoniam omnino rebus existentibus morienti hypothecae seniores potiores quam secundae essent.*

§. 5.

Hiemit stimmet denn noch weiter die *L.* 12. §. 1. *C. qui pot. in pignore* und die aus jener Novelle hergenommene *auth. si quid C. qui pot. in pig.* vollig überein, als in welcher gar kein Unterschied darunter: ob entweder beide Frauen noch am Leben, oder von der erstern Kinder da sind, gemacht wird: *si quid ex rebus ipsius dotis appareat mulieri, cui et in rem actio competit, vel filiis eius servetur: alioqui si supersint ambae mulieres, sive defecerint, sive altera duntaxat extet, prior omnino seu quaelibet soboles eius superior habeatur, quod nova constitutione factum est apertius.*

§. 6.

§. 6.

Allein, wenn in dem §. 29. *J. de action.* d) gesagt wird, daß dieses den Ehefrauen ertheilte Vorzugsrecht nur dann statt finden solle, wenn sie selbst wegen ihres Brautschatzes klagen; wenn nach der *L. un. C. de privil. dotis* e) dieses Vorzugsrecht nicht auf die Erben der Frau gehen soll; sollte denn nicht auch den Kindern jenes Vorzugsrecht abgesprochen werden müssen, indem Kinder in Hinsicht ihrer Mutter als fremde Erben anzusehen sind f), folglich auch unter dem generellen Namen der Erben begriffen seyn müssen?

§. 7.

d) Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum *ipsa mulier de dote sua experiatur*, cuius *solius providentia* hoc induximus.

e) Scire debes, privilegium dotis, quo mulieres utuntur in actione de dote, ad heredem non transire.

f) §. 3. *J. de hered. qual. et differ.* Caeteri qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti, extranei heredes nobis videntur. *Qua de causa et qui heredes a matre instituuntur eorum numero sunt, quia feminae in potestate liberos non habent.*

§. 7.

Zur Entkräftung dieser beiden Gründe brauchen wir uns nur blos auf die von uns angeführte Nov. 91. zu berufen. Kinder, welche den Brautschaß ihrer Mutter wieder zurückfordern, thun das nicht blos als Erben, sondern auch als Kinder, und obgleich Kinder, in so fern sie den heredibus suis entgegen gesetzt werden, im Betracht der Mutter als heredes extranei anzusehen sind, so stehen doch Kinder gegen ihre Mutter in einem ganz andern Verhältnisse, als fremde Erben. Hievon werden wir uns nicht besser überzeugen können, als wenn wir uns nur an den einzigen Umstand erinnern, daß Kinder die mütterliche und großmütterliche Erbschaft, wenn sie solche gleich nicht angetreten haben, auf ihre Erben transmittiren g), welches sich aber bey fremden Erben ganz anders ver:

g) *L. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Per hanc iubemus sanctionem in posterum valituram, filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, avio vel avia, proavio vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sunt instituti, cum ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, in liberos suos cuiuscunque sint sexus vel gradus, *derelictam sibi hereditariam portionem, posse trans- mittere.*

verhält. Dieser Unterschied lehrt uns also, daß wir die Kinder nicht so schlechterdings für fremde Erben ihrer Mutter ansehen können, besonders aber denn nicht, wenn in Ansehung beider verschiedne Rechte in den Gesetzen eingeführet sind.

§. 8.

Die übrigen Einwürfe: daß nemlich in allen Privilegien, wo besonders auf die Person Rücksicht genommen werde, das Privilegium nur blos auf der Person ruhe und mit derselben aufhöre h), und daß persönliche Privilegien, wozu unstreitig jenes Vorzugsrecht der Ehefrauen gehöre, nicht auf Erben gehe i), zerfallen von selbst. Denn wenn das auch alles wahr ist, so ist hier in diesem Falle eine Ausnahme gemacht, von welcher wir nicht abgehen können. Und leiden denn Regeln keine Ausnahme?

§. 9.

h) *L. 68. ff. de reg. iur.* In omnibus caussis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat.

i) *L. 196. ff. de reg. iur.* Privilegia quaedam caussae sunt, quaedam personae, et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae caussae sunt, quae personae sunt, ad heredem non transeunt.

§. 9.

Wenn nun ferner noch einige Rechtsgelehrte k) hier den Kindern nur dieses Vorzugsrecht auf den Fall zugestehn wollen, wenn der Brautschatz unmittelbar von ihrer Mutter ihnen zufällt, nicht aber, wenn dieses mittelbar geschieht: — z. B. wenn, wie Leyser am a. O. anführet, eine Mutter mit Hinterlassung eines Sohns und einer Tochter stirbt, diese ihr bald folgt, und ihren Antheil an dem mütterlichen Brautschatze auf ihren Bruder vererbt; hernach wider den Vater, welcher die mütterlichen Güter niesbrauchlich unterhat, der Konkurs ausbricht, und dann nur dem Sohne in Ansehung desjenigen Theils, der ihm von dem Brautschatze unmittelbar von seiner Mutter zufällt, nicht aber in Ansehung desjenigen Theils, der von seiner verstorbenen Schwester auf ihn vererbt ist, das Vorzugsrecht zustehen soll, — so ist dieser gemachte Unterschied ganz ohne alle gesetzliche Autorität angenommen l), und kann die, für jenes Vorzugsrecht angeführte Unbilligkeit hier, wider die allgemeine gesetzliche Disposition, um so weniger eine Ausnahme machen, da in dem angeführten Falle der ver-

k) *Leyser* sp. 319. med. 5. ibid. alleg.

l) *Thomasius* ad Huberum in prael. ad pand. Tit. qui potior. in pignor. §. 11. Gmelin am a. O.

verstorbenen Schwester in Ansehung ihres Antheils an dem mütterlichen Brautschatze, das Vorzugsrecht überdem schon zustand.

§. 10.

In dem Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten, ist Th. 2. Tit. 2. §. 176. dieserhalb verordnet, daß zur Sicherheit des Vermögens, welches auf die Kinder von der Mutter gediehen ist, die Kinder in den Gütern des Vaters eben das Vorrecht behalten sollen, welches der Mutter, wegen ihres Eingebrachten, in dem Vermögen des Mannes zustand.

---

285. Meditation.

Das Vorkaufsrecht findet bey neu erworbenen Gütern nicht statt.

§. 1.

An einem Orte, wo vermöge Observanz das Vorkaufsrecht, auch Näherrecht, Abtrieb genannt (ius protimiseos, retractus) eingeführet war, hatte jemand einen Garten gekauft, und solchen einige Jahre nachher wieder an einen andern käuflich abgestanden. Hierauf meldete sich der Bruder des Verkäufers und verlangte wegen dieses Verkaufs das Näherrecht, stellte auch deshalb gerichtliche Klage an. Es entstand daher die Frage: findet bey neu erworbenen Gütern auch das Näherrecht statt? In den Statuten des Orts war hierüber nichts festgesezt, und die Observanz wies über diesen Fall nichts gewisses nach.

§. 2.

Nun behauptet zwar der Kläger, daß das Näherrecht, wenn nicht ein anders hergebracht oder

oder gesetzlich bestimmt sey, sowol bey Stamm- als neu erworbenen Gütern statt finde, indem man ein solches, der Billigkeit angemessenes, und zum Besten der Familie eingeführtes Recht eher erweitern, als einschränken müsse; berief sich auch auf die Statuten anderer Orten, und auf die Behauptung mehrerer Rechtsgelehrten a). Allein, da dieses Recht einmal hauptsächlich eingeführet ist, damit Erb- und Stammgüter in der Familie bleiben, wozu aber neu erworbene Güter nicht gerechnet werden können; zweitens auch dieses Recht, als ein der Freiheit des Eigenthums und des Handels zuwiderlaufendes Recht, der natürlichen Billigkeit nicht angemessen ist, und deshalb eher eingeschränkt, als erweitert werden muß, wie solches schon die römischen Gesetzgeber billig anerkannt haben b); drit-

a) *Schilter* prax. iur. rom. Ex. 30. §. 138. *Reinking* de retract. consanguinit. qu. 3. §. 34. seqq. *Cothmann* Vol. 1. cons. 58. *Stryk* de successſ. ab intest. Diss. 6. cap. 1. §. 23. *Madihn* de iure protimis. eiusque a iure detractus discrimine §. 10. nr. 2.

b) *L. 14. C. de contrah. emt. vend.* Dudum proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emtione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent: sed quia gravis haec videtur iniuria, quae inanis honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti;

drittens auch den Statuten eines andern Orts nicht außer demselben gesetzliche Verbindlichkeit beigelegt werden kann; viertens auch mehrere Rechtsgelehrte bey neu erworbenen Gütern das Näherrecht nicht zulassen c); so wurde Kläger auch im gegenwärtigen Falle mit seiner Klage abgewiesen.

§. 3.

In dieser Meditation ist nur von dem Falle geredet, wenn ein Seitenverwandter ein von seinem Verwandten neu erworbenes Gut retrahiren will. Will hingegen ein Kind ein von seinem Vater neu erworbenes Gut retrahiren: so lassen die meisten Rechtsgelehrten d) hier den Retrakt statt finden, und setzen überhaupt bey des-

viti; superiore lege cessata, unusquisque suo arbitratu quaerere vel probare possit emtorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibuerit.

c) *Richter* decis. 76. nr. 39. seqq. *Lynker* resol. 218. *Leyser* sp. 193. med. 3. Strube rechtl. Bedenken Th. 3. Bed. 14. und die daselbst angeführten Autoren.

d) Engau element. iur. Germ. Lib. 3. Tit. 8. Sect. 3. **Walch** vom Näherrechte B. 2. Hauptst. 1. Absch. 1. Abth. 1. §. 20. *Walch* Diss. de iure liberorum bona a parentibus adqui-

dessen Ausübung dies voraus, 1) daß nur wahre Erbgüter denselben unterworfen sind, 2) daß der Retrahent den ersten Erwerber zum Stammväter haben müsse, und 3) daß die Intestaterbfolge auch die Retraktsordnung bestimme.

In dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten ist im 2. Theile, Tit. 4. §. 231. und 232. verordnet, daß das Näherrecht sich nur auf die Güter, die wenigstens schon von zwei Mitgliedern der Familie nach einander, den gegenwärtigen Veräußerer ungerechnet, besessen worden, erstrecken; und nur dann statt finden solle, wenn die Veräußerung an einen Fremden, nicht aber, wenn sie an ein, obgleich entferntes Mitglied aus der Familie, erfolgt.

quisita retrahendi. In Opusc. Tom. 2. p. 298. seqq. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts 2te Auflage §. 196. S. 145.

286. Meditation.

Ein Bürge kann von dem, für den Hauptschuldner bezahlten Kapital und den Zinsen, wieder von beiden Posten Zinsen verlangen.

§. 1.

Die Ausarbeitung gegenwärtiger Meditation veranlaßte ein von auswärts her uns zugeschiktes Schreiben, worin unter verschiedenen Fragen über streitige Rechtsfälle, auch diese war:

Wenn ein Bürge für den Hauptschuldner nicht nur das Kapital, sondern auch die aufgeschwollenen Zinsen mitbezahlt hat, und demselben von dem Hauptschuldner die Schadloshaltung versichert ist, kann denn der Bürge die gezahlten Zinsen als Kapital ansehn, und z. B. die von 5000 Thaler Kapital fällig gewesenen und bezahlten 2000 Thaler Zinsen, zu einem Kapital von 7000

Thaler schlagen, und diese 7000 Thaler als Kapital nebst Zinsen hievon, aus dem über des Hauptschuldners Vermögen entstandenen Konkurse fordern.

§. 2.

Unsrer Behauptung, daß ein Bürge von dem Hauptschuldner, von den, mit dem Kapital für ihn bezahlten Zinsen, mit Recht wieder Zinsen fordern könne, stehet dem Anschein nach die gesetzliche Verordnung entgegen, nach welcher einmal allgemein verboten ist, Zinsen zum Kapital zu schlagen, und davon wieder Zinsen zu nehmen. Wir führen unter mehrern Gesetzen hier nur an die *L. 28. C. de usur*, wo es heißt:

Quapropter hac appertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usur stipulari.

L. 3. C. de usuris rei iud. — Cum enim iam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, ex quo huiusmodi machinatio possit induci.

Wenn also in diesem Falle die Gesetze so allgemein reden, so würde hieraus auch wol folgen müssen, daß ohne eine besonders von den Ge-

Gesetzen gemachte Ausnahme, auch dem Bürgen nicht frey stehe, die bezahlten Zinsen, welche der Hauptschuldner schuldig geblieben war, zum Kapital zu schlagen, und davon Zinsen zu nehmen?

§. 3.

Daß die gesetzliche Verordnung: keine Zinsen von Zinsen zu nehmen, zur Verhinderung des Wuchers sehr heilsam sey, kann wol mit Grunde nicht geleugnet werden; aber diese Verordnung auch weiter auszudehnen, als es die Absicht der Gesetzgebers gewesen ist, würde auf der andern Seite eben so unbillig seyn. Denn wollte man so allgemein jenes Gesetz verstehn: so würde dies endlich ins Ungereimte fallen, und keiner berechtigt seyn, die von seinen Schuldnern bezahlt erhaltenen Zinsen, wieder zum Kapital zu schlagen und an denselben nachher auszuleihen.

§. 4.

Es kommt hier also hauptsächlich wol darauf an: ob die von einem Bürgen für den Hauptschuldner bezahlten Zinsen, in der Person des Bürgen, auch noch als Zinsen angesehn werden können? Die Rechtsgelehrten pflegen gemeiniglich den Satz anzunehmen, daß Zinsen nicht deswegen aufhören Zinsen zu seyn, wenn gleich

gleich die Person des Gläubigers, nicht aber die Person des Schuldners verändert ist; und nach dieser Regel kann also auch in dem Falle, wenn jemand ein Kapital mit Zinsen einem andern auszahlt, welches dieser von einem dritten zu fordern hatte, der zweite Gläubiger keine Zinsen von den, dem ersten Gläubiger bezahlten Zinsen fordern. Dies verbietet die *L.* 12. §. 6. *ff. qui potiores in pignore*, wo es heißt:

> *Sciendum est. secundo creditori rem teneri, etiam invito debitore, tam in suum debitum, quam in primi creditoris, et in usuras suas, et quas primo creditori solvit. Sed tamen usuras, quas primo creditori solvit, usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed suum.*

§. 5.

Jene Regel, daß noch deswegen die Zinsen nicht aufhören, Zinsen zu seyn, wenn gleich die Person des Gläubigers verändert ist, hat allerdings ihre Richtigkeit; aber diese Regel faßt auch nicht den Satz in sich, daß Zinsen deswegen immer Zinsen bleiben müssen, so lange die Person des Schuldners nicht verändert ist, wie wir dieses im dritten §. schon angeführt haben. Zinsen hören auf Zinsen zu seyn, sobald solche von dem Schuldner bezahlt sind, und sobald die Schuld selbst so verändert wird, daß sie wie ein

ein Kapital angesehen werden kann. Dies ist hier allerdings der Fall. Der Bürge bezahlt hier die von dem Hauptschuldner rückständig gebliebenen Zinsen nicht in der Absicht, daß sie in seiner Person immer die Eigenschaft als Zinsen behalten sollen, sondern er sieht sie wie ein nunmehr für ihn gewordenes Kapital an. Er kann daher auch in der Folge immer wieder Zinsen davon fordern.

§. 6.

Ferner kann hier der Bürge aus eigner Person gegen den Hauptschuldner aus der *actio mandati* klagen. Bekanntlich geht aber diese Klage auf die Ersetzung des Schadens, den der Mandatarius aus dem Mandatsgeschäfte gehabt hat. Was ist also nun auch wol diesem angemessener, als daß der Hauptschuldner seinem Bürgen, den, wegen für ihn geleisteter Bezahlung, gehabten Schaden bezahlt, also auch die Zinsen, von den von jenem bezahlten Zinsen, zugleich mit entrichtet. Das giebt auch die in §. 4. angeführte *L.* 12. §. 6. *ff. qui potiores in pignore* nicht undeutlich zu verstehn, wenn es am Ende — wo gesagt wird, daß der zweite Gläubiger, von den, dem ersten Gläubiger bezahlten Zinsen, keine Zinsen wieder fordern könne — darin heißt: *Non enim negotium alterius gessit, sed suum.* Hier wird also zugleich als Ursach, warum der zweite Gläubiger keine

Zin-

Zinsen von Zinsen fordern kann, angegeben, weil er nicht eines andern, sondern sein eigenes Geschäft geführet hat. In unserm Fall aber hat der Bürge für den Hauptschuldner bezahlt, mithin dessen Geschäft verrichtet.

§. 7.

In ähnlichen Fällen erlauben die Gesetze auch ebenfalls Zinsen von Zinsen zu fordern, und verbinden z. B. einen Geschäftsträger, der für seinen Prinzipal Zinsen eingefordert, und in seinen Nutzen verwendet hat, davon wieder Zinsen zu bezahlen. Die *L.* 10. §. 3. *ff. Mandati vel contra* sagt am Ende dieses §.

> *Denique Papinianus ait, etiam si usuras exegerit procurator, et in suos usus converterit, usuras eum praestare debere.*

Eben so redet auch die *L.* 12. §. 9. *ff. mand.* und *L.* 37. *ff. de usur.*

§. 8.

Endlich stimmet es auch mit der größten Billigkeit überein, und gehöret im mindesten nicht unter eine Art von Zinswucher, wenn der Hauptschuldner seinem Bürgen, von den für ihn bezahlten Zinsen, wieder Zinsen geben muß. Einmal ist es dem Bürgen gewis einerley, ob er für den Hauptschuldner ein Kapital, oder Zin-

sen

sen bezahlet, er muß auf den einen Fall sowol, wie auf den andern das Geld dazu hergeben. Fürs zweite mag nun der Bürge dieses Geld dazu aufleihen, oder selbst vorräthig haben, er muß doch in jenem Falle Zinsen dafür geben, und in diesem den Nutzen entbehren, den er sich damit verschaffen konnte. Drittens ist die Bürgschaft immer von Seiten dessen, der sie leistet, eine große Gefälligkeit für denjenigen, für welchen sie geleistet wird; und solche Liebesdienste müssen mit Dank erkannt werden, nicht aber für den, der sie uns erzeigt, mit Schaden verknüpft seyn. Wir sehen daher nicht ein, warum man also nicht einem Bürgen auch wieder Zinsen von denjenigen Zinsen zuerkennen sollte, welche er für den Hauptschuldner bezahlt hat a); ja wir würden noch weiter gehn, und einen Hauptschuldner ebenfalls, zur Vergütung solcher Unkosten, die etwa der Bürge wegen Anschaffung der Gelder gehabt hat, schuldig erkennen.

§. 9.

a) Dieser Meinung sind auch *Berlich* P. 2. dec. 268. nr. 33. *Struv* syntagm. iur. civ. Ex. 27. §. 51. *Mevius* P. 6. dec. 328. P. 3. dec. 249. *Cocceji* Ius contr. Lib. 22. tit. 1. qu. 10. Strube rechtliche Bedenken Th. 5. Bed. 56. *Carpzov* part. 2. const. 30. def. 16. Cramer in den Wezlar. Nebenstunden Th. 65. S. 133. Beiträge zur jurist. Liter. in den Preußischen Staaten Saml. 6. S. 103.

§. 9.

Jezt wollen wir nun noch die im ersten §. vorgelegte Frage beantworten. Unsrer Meinung nach müßte man hier zwey Fälle unterscheiden. Entweder klagt, bey entstandenem Konkurse über das Vermögen des Hauptschuldners, der Bürge aus der dem Gläubiger gegen den Schuldner zugestandenen, und ihm cedirten Klage; oder er klaget aus eigner Person. Im erstern Falle kann sich der Bürge nicht mehrere Rechte anmaßen, wie der Gläubiger selbst gehabt hat, und kann daher, vermöge der ihm cedirten Klage, keine Zinsen von Zinsen fordern. Denn es ist die bekannte Regel in der *L. 54. ff. de Regul. iur.* Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet. Es würde im Gegentheil auch sonst für die übrigen Gläubiger dadurch leicht ein großer Nachtheil entstehen können. Denn gesezt, der Gläubiger hätte gegen den Schuldner eine hypothekarische Klage gehabt, und solche dem Bürgen cedirет, dieser wollte daraus klagen, die bezahlten Zinsen zu Kapital machen, und hievon wieder Zinsen fordern, so würden dadurch die jüngern hypothekarischen Gläubiger, ohne ihr Verschulden, sehr zu kurz kommen.

Im leztern Fall aber kann der Bürge allerdings, wie im vorhergehenden ausgeführt ist, die Zinsen, von den, von ihm für den Hauptschuldner bezahlten Zinsen, mit einklagen.

§. 10.

§. 10.

In dem Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten Th. 1. Tit. 14. wird hierüber folgendes verordnet:

§. 351. Der Hauptschuldner ist dem Bürgen, auch wegen der, aus der Bürgschaft entstandenen, Schaden und Kosten zur Schadloshaltung verpflichtet.

§. 352. So weit aber der Schade durch die eigne Schuld, oder unnützen Umzüge des Bürgen verursacht worden, ist der Hauptschuldner demselben zu vergüten, nicht gehalten.

§. 353. Doch ist der Hauptschuldner auch Verzögerungs-Zinsen, welche der Bürge dem Gläubiger hat entrichten müssen, zu erstatten schuldig.

§. 354. Der Bürge kann nicht nur für das Kapital, sondern auch für alle Zinsen, welche er dem Gläubiger hat bezahlen müssen, von dem Hauptschuldner gesetzmäßige Verzugszinsen fordern.

§. 355. Hat der Bürge ein zinsbares Kapital für den Hauptschuldner bezahlt: so tritt er gegen ihn, auch wegen der fernern fortlaufenden Zinsen, in die Rechte des Gläubigers.

287. Meditation.

Nach dem römischen Rechte, steht den Städten kein stillschweigendes Pfandrecht an den Gütern ihrer Rechnungsführer zu.

§. 1.

Das stillschweigende Pfandrecht, welches die römischen Gesetze dem Fiskus an den Gütern seiner Rechnungsführer zustehen, legen auch die meisten Rechtsgelehrten a) den Städten, in Ansehung der Güter ihrer Rechnungsführer, bey; ob-

a) *Carpzov* P. 1. const. 28. def. 115. nr. 3. *Berlich* P. 1. concl. 67. nr. 41. *Struv* Syntag. iur. civ. Ex. 26. §. 15. *Cocceji* Ius contr. Lib. 20. Tit. 2. qu. 5. *Stryk* Vsus modern. Lib. 20. Tit. 2. §. 16. *Leyser* sp. 227. med. 1. von Quistorp rechtliche Bemerkungen Th. 1. Nr. 53. S. 162, welcher jedoch in Ansehung der Rechnungsführer von solchen Kassen, die mit dem Aerario der Stadt in keiner Verbindung stehen, diesseitiger Meinung ist.

obgleich einige b) wol einsehen, daß nach den Gesetzen des römischen Rechts ihnen dieses stillschweigende Pfandrecht nicht zugestanden werden kann. Wir sind eben dieser Meinung, wenn eine Stadt nicht überhaupt die Rechte des Fiskus besitzet.

§. 2.

Eine jede stillschweigende Hypothek ist eine Begünstigung, ein Vorrecht, welches die Gesetze nur gewissen Personen zugestanden haben, und also, wie jede Ausnahme von der Regel, eingeschränkt werden muß, und nicht ausgedehnet werden darf. In der Lehre von stillschweigendem Pfandrechte ist dieses auch zur Beförderung des öffentlichen Credits nothwendig, und da am meisten, wo nicht schon besondere Hypothekenordnungen und Hypothekenbücher eingeführt sind, die wegen des Vorzugsrechts der Hypotheken gesetzliche Bestimmung gemacht haben. Nach den gemeinen römischen Rechten werden bekanntlich dergleichen vorzügliche stillschweigende Hypotheken, den ausdrücklich be-

b) *Menke* in D. Lib. 20. tit. 2. §. 4. *Sande* decis. Fris. Lib. 3. tit. 12. def. 1. *Perez* ad Cod. Lib. 11. Tit. 29. §. 12. Westphal im Versuche einer systematischen Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrechte Kap. 1. §. 74. Gmelin Ordnung der Gläubiger Kap. 4. §. 21.

stellten Hypotheken, bey etwa entstehendem Konkurse, vorgezogen. Dies ist, was den Fiskus und solche betrift, die selbst für ihre Sicherheit sorgen können, in Ansehung der übrigen hypothekarischen Gläubiger, unbillig. Denn warum kann nicht der Fiskus sich eben so gut eine ausdrückliche Hypothek oder andere hinlängliche Sicherheit von seinem Rechnungsführer bestellen lassen, wie eine Privat-Person? und warum sollen wir denn dieses dem Fiskus nun einmal gegebene Vorzugsrecht noch ohne Noth auf die Städte ausdehnen, wenn es ihnen nicht die Gesetze ausdrücklich gegeben haben?

§. 3.

Dafür, daß jenes in den Gesetzen geschehen sey, werden hauptsächlich angeführt die *L.* 4. *C. quib. ex caus. maior. in integr. rest.*, *L.* 3. *C. de iur. reipubl.*, *L.* 4. *C. quo quis ordine conven.* und *L.* 2. *C. de debit. civit.* allein, daß in allen diesen Gesetzen von keinem stillschweigenden Pfandrechte die Rede sey, wenigstens nicht deutlich und bestimmt solches daraus hervorgehe, wird ein jeder bey unpartheiischer Prüfung derselben selbst finden können. Denn wenn es in den beiden erstern Gesetzen heißt: *Respublica minorum iure uti solet*, und *Rempublicam, ut pupillam, extra ordinem iuvari, moris est*, so geht dies, wie der Zusammenhang und die vorhergehenden Gesetze zeigen, auf die Wiedereinsetzung

setzung in vorigen Stand. Bey dem erstern Gesetze steht dies ausdrücklich *ideoque auxilium restitutionis implorare potest*, und bey dem zweiten, ist dieses aus der vorhergehenden *L.* 1. klar. — In den beiden übrigen Gesetzen geschiehet überhaupt von keinem Pfandrechte Erwehnung; und wenn dies wäre, so würde daraus folgen, daß Städte an den Gütern ihrer Schuldner, wenn sie gleich nicht ihre Rechnungsführer wären, eine stillschweigende Hypothek hätten, welches doch wol keiner einräumen wird.

§. 4.

Ueberdem stehn jenen Gesetzen, wenn sie von einer stillschweigenden Hypothek der Städte an den Gütern ihrer Rechnungsführer verstanden werden sollen, andere Gesetze grade entgegen. In diesem Falle müssen wir doch, nach allen Regeln, ein solches besonderes Vorzugsrecht, wenn ein Zweifel darüber auch nur seyn sollte, eher einschränken, als erweitern.

Die *L.* 10. *ff. ad municipal.* sagt ausdrücklich: *Simile privilegium fisco, nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id a principe datum sit.*

Dieses Gesetz redet generel von dem Schuldner der Stadt, kann also auch immer von dem

Rechnungsführer, der der Stadt in Rückstand geblieben ist, verstanden werden.

Ferner wird auch in andern Gesetzen den Städten dieses Pfandrecht nur zugestanden, wenn sie solches durch ein besonders Privilegium erhalten haben, oder sich dieses Pfandrecht haben bestellen lassen; dieses würde aber nicht nöthig seyn, wenn sie schon nach den Gesetzen eine stillschweigende Hypothek hätten. Die *L. 2. C. de iur. reipubl.* sagt hievon:

> *An Respublica, in cuius locum successitis, ideo quia satisfecisse debito vos proponitis, ius pignoris in eo fundo habeat, apud suum iudicem quaeritur: si enim neque beneficio sibi concesso id ius nacta est, neque specialiter in obligatione pignoris sibi prospexit: causa eius non separatur a caeteris creditoribus, qui habent personalem actionem.*

Desgleichen die *L. 37. ff. de reb. author. iud. poss. Antiochensium Coele Syriae civitati, quod lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit, ius persequendi pignoris durare constitit.*

§. 5.

Nach diesem allen sehen wir also nicht ein, warum man den Städten dieses unbillige, gegen den öffentlichen Kredit gehende, Vorzugsrecht einräumen soll, da ihnen solches in keinem Ge-

Gesetze ausdrücklich beigelegt ist. Wenn aber, wie dies mehrere Rechtsgelehrte behaupten, den Städten an den Gütern ihrer Rechnungsführer, nach dem Gerichtsgebrauche, eine stillschweigende Hypothek und ein Vorrecht vor ältern Gläubigern zustehen sollte: so kann dies doch nur auf diejenigen Güter ausgedehnt werden, welche die Rechnungsführer nach Antritt ihres Amts erworben; nicht auf die Güter, welche sie schon vorher besessen haben. Eben dies ist auch so Rechtens bey dem Fiskus c).

§. 6.

Hiebey entsteht nun noch die Frage, **wem liegt der Beweis ob, daß die Güter des Rechnungsführers vor oder nach seinem erhaltenen Amte erworben seyn?** Wenn die Stadt gegen ältere hypothekarische Gläubiger klaget, so muß sie den Beweis führen, daß diese Güter der Rechnungsführer nach seiner Dienstansetzung erworben habe, weil jeder seine Behauptung und angeführte Eigenschaft der Güter erweisen muß d), und es auch nicht zu ver-

c) *L. 28. ff. de iure fisci.* Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, *in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere,* Papinianum respondisse: quod et constitutum est; praevenit enim causam pignoris fiscus. Strube rechtl. Bedenken Th. 1. Bed. 37.

d) *Mevius* P. 1. Dec. 33.

vermuthen ist, daß eine Stadt einem Unvermögenden Hebungen und Rechnungen anvertrauen werde. Ist hingegen ein älterer Gläubiger Kläger, z. B. wenn der Rechnungsführer in Konkurs gerathen und über die Priorität gestritten wird, und es ist aus der Schuld- und Pfandverschreibung nicht zu ersehen, wann der Rechnungsführer die Hypothek erworben hat: so muß gleichfalls der Gläubiger als Kläger seine Behauptung, daß der Rechnungsführer die Hypothek vor seinem Dienstantritt im Besitz gehabt habe, erweisen e). Dies kann bey special Hypotheken nicht leicht in Streit kommen, weil hier solcher aus der Schuld- und Pfandverschreibung entschieden werden kann. — Fasset hingegen der Richter das Klassifikationsurthel ab, ohne daß vorher von den Gläubigern über die Priorität gestritten wird: so muß im Zweifel immer der Stadt der Beweis auferlegt werden, sowol deswegen, weil nicht zu vermuthen ist, daß sie einem Unvermögenden Hebungen und Rechnungen anvertrauen werde, als auch, weil Güter im zweifelhaften Falle eher für Erb- als erworbene Güter anzusehen sind f), und überhaupt billig jeder sein Vorrecht, welches er vor einem andern verlangt, erweisen muß.

e) Strube rechtl. Bedenken Th. 5. Bed. 97.
f) *Mevius* am angeführten Ort, und P. 4. dec. 4. nr. 3.

288. Meditation.

Ein bey dem Pfandkontrakt eingegangener commissorischer Vertrag ist ungültig, wenn auch gleich derselbe mit einem Eide bestärkt worden ist.

§. 1.

Es ist bekannt, daß ein, bey einem Pfande eingegangener kommissorischer Vertrag den Rechten nach für unverbindlich erkläret, und schlechterdings verboten sey, und zwar aus dem Grunde, weil jemand, der sich in bedrängten dürftigen Umständen befindet, sich sehr leicht zur Abschließung eines solchen Vertrags bewegen läßt. — Wir haben hierüber die klare Verordnung des Kaisers Constantins in der *L. fin. C. de pact. pign.* a), und selbst die Reichsgese-

a) Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali con-

ze b) stimmen mit dieser Verordnung völlig überein.

§. 2.

Indessen giebt es aber doch Rechtsgelehrte c), die alsdenn einen solchen Vertrag für verbindlich halten wollen, wenn derselbe mit einem Eide bestärkt worden ist. Zum Beweise ihrer Meinung berufen sie sich auf das *C.* 7. *X. de pign. et al. caut.* worin folgendes enthalten ist: *Significante R. cive Pisano nobis innotuit, quod cum domum suam G. Pisano civi pro* 250 *libris pignori obligasset, ac promisisset praestito iuramento, quod nisi domum ipsam statuto termino recolligeret creditorem ulterius super eo minime molestaret, et intra statutum tempus per certum et fidelem nuncium — prout ei videbatur — creditori pecuniam numeratam remisit, quum idem nuncius infideliter agens, sicut ei iniunctum fuerat, non persolvit, et postmodum idem R. ab Imperatore detentus, dicto G. satisface-*

contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re ammissa, iubemus recuperare quod dederunt.

b) Pol. Ord. von 1577 Tit. 20. §. 5. Man sehe Meditationen B. 3. Med. 162. §. 2. 3.

c) *Gail* lib. 2. obs. 40. nr. 4. *Fachineus* contr. iur. lib. 10. cap. 73. *Bachov* de pignor. et hypoth. lib. 1. Tit. 16. nr. 1. 2. *Lauterbach* comp. iur. Tit. de pignor.

facere non potuit ut debuit. Cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum et praedictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimplevit, cum per eum, quem certum nuncium esse sperabat, pecuniam remiserat termino statuto, sed in captione detentus satis facere non potuit creditori: Mandamus, quatenus si est ita, praedictum creditorem ut sorte contentus, pensionibus pignoris computatis in eam, illam praefato R. omni dilatione postposita resignet, — pacto tali vel iuramento nequaquam obstante, — censura ecclesiastica cogabis.

§. 3.

Daß nun aber jene Meinung in dem angeführten Kapitel gar nicht gegründet sey, lehrt eine genaue Erwägung desselben. Der darin erzählte Fall ist an sich klar, und die Entscheidung desselben, da nemlich der Gläubiger für schuldig erkannt wird, das ihm zur Hypothek gesezte Haus gegen Zurückzahlung des vorgeschossenen Kapitals und der rückständigen Zinsen, wieder abzutreten, beruhet darin, weil erstlich überhaupt der kommissorische Vertrag bey einem Pfande verboten ist, und zweitens auch dem Schuldner kein Verzug beygemessen werden konnte, indem der Bote die ihm anvertrauten Gelder nicht dem Gläubiger überliefert hatte, und er auch selbst, wegen seiner Gefangenschaft, außer Stande war, seinen Gläubiger zu befrie-

di-

digen. — Diese beiden Entscheidungsgründe lehren, daß selbst der Eid dem kommissorischen Vertrag, — denn hier war dieser Vertrag mit einem Eide bestätiget, — keine Verbindlichkeit verschaffen könne.

§. 4.

Die gegenseitige Meinung ist also, wie hieraus erhellet, in jenem Kapitel nicht gegründet, vielmehr bestärkt solches die diesseitige Meinung d) auf das stärkste. Ueberdem ist ja schon selbst nach den Grundsätzen des geistlichen Rechts ein solcher Eid unverbindlich, weil er nicht blos den guten Sitten zuwider e), sondern auch über eine den Gesetzen nach unerlaubte und verbotene Sache abgelegt ist f). Sollte also ein sol-

d) *Carpzov* part. 2. const. 30. def. 43. nr. 3. *Böhmer* J. E. P. Tom. 1. lib. 2. Tit. 24. nr. 25. *Stryk* V. M. Tit. de pign. act. §. 9. *Jena* de lege commissaria §. 27. *Zoll* de promissionibus generosa fide vallatis Cap. 3. nr. 49. *Ludovici* de genuino intellect. brocard. vulgar. omne iurament. servand. esse §. 18. S. auch Webers Erörterung der Frage: wie weit erstreckt sich bei Verpfändungen das Verbot der legis commissoriae. Kiel 1784.

e) *Reg. 58. X. de reg. iur. in 6.* Non est obligatorium contra bonos mores praestitum iuramentum.

f) Cap. 26. sec. X. de iureiur.

solcher Eid einige Verbindlichkeit haben, so würde er nach dem Ausdruck der Gesetze ein vinculum iniquitatis et iniustitiae seyn, und er ein Mittel werden, der wohlmeinenden Absicht des Gesetzgebers entgegen handeln zu können. Deswegen ist denn auch in dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten im 1. Theile 5. Tit. §. 129 bestimmt verordnet, daß durch eidliche Bestärkung kein Vertrag mehrere Kraft erhält, als ihm die Gesetze schon an sich beigelegt haben.

§. 5.

Nach diesen Grundsätzen wurde denn auch in einem gewissen Rechtsstreit, da nemlich der kommissorische Vertrag bey einem Pfandkontrakt unter den Worten: so wahr mir Gott helfe: eingegangen war, jener Vertrag für null und nichtig erkannt, und der Gläubiger zur Wiederherausgabe der in Unterpfand habenden Sache verurtheilet.

289. Meditation.

Die Litisdenunciation muß auch alsdenn geschehen, wenn gleich derjenige, wider welchen der Regres einem zusteht, von dem geführten Rechtsstreite Wissenschaft gehabt hat.

§. 1.

Die Litisdenunciation findet bekanntlich in allen den Fällen statt, wo ein anderer, von welchem man die Sache, worüber man jezt in Anspruch genommen wird, erhalten hat, die Gewähr zu leisten verpflichtet ist. Der Endzweck derselben ist, daß der Litisdenunciat dem Litisdenuncianten in dem Rechtsstreite beistehe und die Sache aus Rechtsgründen vertheidige a). Die Wirkung derselben aber besteht darin, daß der Litisdenunciant auf den Fall, wenn der Prozeß verlohren wird, seinen Regres wider den Litisdenunciaten sowol in Ansehung der Hauptsache

a) L. 74. §. 2. ff. de evict.

sache als der Schaden und Kosten nehmen kann b).

§. 2.

Dies ist die Wirkung der geschehenen Litisdenunciation. Die Unterlassung derselben zieht die Folge nach sich, daß man alsdenn seinen Regres wider denjenigen, von welchem man die Sache erhalten hat, nicht nehmen kann c). Jedoch sind hiebey folgende beiden Ausnahmen zu merken, wenn nemlich erstlich das Recht des Evincentens so klar ist, daß der Denunciant keine Einwendungen dagegen machen, und folglich die Sache mit nichts vertheidigen kann d); weil dies aber schwer zu beweisen ist, so ist es, um allen Weitläuftigkeiten vorzubeugen, immer rath-

b) *L. 70. ff. de evict.* Evicta re, ex emto actio, non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id, quod interest, competit, ergo, et si minor esse coepit, damnum emtoris erit. Conf. L. 9. 17. 29. C. de evict.

c) *L. 8. C. de evict.* Emtor fundi, nisi auctori aut heredi eius denunciaverit: evicto praedio neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex emto actionem contra venditorem, vel fideiussorem eius habet.

d) L. 11. §. 12. ff. de action.emt. et vend. *Mevius* p. 8. dec. 466. *Carpzov* part. 1. const. 3.

rathsam, in einem solchen Fall Litem zu denunciiren e). Die zweite Ausnahme ist, wenn durch einen Vertrag ausgemacht ist f), daß auch ohne Litisdenunciation der Regres statt finden solle.

§. 3.

Aber ist denn auch die Litisdenunciation erforderlich, wenn derjenige, wider welchen man den Regres nehmen kann, von dem geführten Rechtsstreite Wissenschaft gehabt hat, und geht der Regres dadurch verlohren, wenn solche unterlassen ist? — Ueber diese Frage wurde in einer gewissen Rechtssache gestritten, da nemlich der Käufer über die gekaufte Sache einen Prozeß erhalten und solchen verlohren hatte, und in der Folge seinen Regres wider den Verkäufer neh-

3. def. 24. Westphal Lehre des gemeinen Rechts von Kauf, Pacht, Mieth- und Erbzinskontrakt ꝛc. Th. 1. Hauptst. 1. Sect. 7. §. 301. S. 244. Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden Betracht. 5. S. 55. f. Köchy Meditationen B. 1. Nr. 2. S. 20. f.

e) *Stryk* V. M. Tit. de evict. §. 23.

f) *L.* 63. *pr. ff. de evict.* Herennius Modestinus respondit, non obesse ex emto agenti; quod denunciatio pro evictione interposita non esset, si pacto ei remissa esset denunciandi necessitas. *Berger* Oec. iur. lib. 3. tit. 8. th. 5. not. 12.

nehmen wollte. Dieser sezte jenem die Einrede der nicht geschehenen Litisdenunciation entgegen, und wollte dieser Einrede zu Folge, sich auf nichts einlassen.

§. 4.

Wir haben schon oben (§. 2.) angeführet, daß ohne geschehene Litisdenunciation kein Regres statt finde. Von dieser Regel ist auch der Fall nicht auszunehmen, wenn gleich derjenige, gegen welchen man den Regres nehmen kann, gegenwärtig ist, und von dem geführten Rechtsstreite Wissenschaft gehabt hat. Vielmehr sagen die Geseze g), daß man auch demjenigen, der gegenwärtig ist, litem denunciiren müsse. Da nun in den Gesezen jener Fall nicht ausgenommen ist, so dürfen wir auch keine willkührliche Ausnahme machen.

§. 5.

Ueberdem ist es ja auch nicht, wie wir bereits erwähnt haben, der einzige Endzweck der Litisdenunciation, dem Litisdenunciaten von dem entstandenen Rechtsstreite Nachricht zu geben, sondern der Hauptendzweck derselben ist, daß der Litisdenunciat die Sache des Litisdenuncianten

g) *L. 55. §. 1. ff. de evict.* Praesenti autem venditori denunciandum est, sive autem absit sive praesens sit, et per eum fiat, quo minus denuncietur, committetur stipulatio.

ten vertheidigen helfe h). Und hiezu ist jener um so mehr geschickter, da ihm nothwendiger Weise die Gerechtigkeiten und übrigen Qualitäten der verkauften Sachen besser, als dem Käufer bekannt seyn müsse. Er kann und muß also die Vertheidigunsmittel on die Hand geben, wodurch die gemachten Ansprüche entkräftet werden können.

§. 6.

Aber ist es nicht eine allgemeine Rechtsregel: daß demjenigen, der eine Sache weiß, solche nicht mehr bekannt gemacht zu werden brauche i)? Freilich würde man von dieser Regel hier Anwendung machen können, wenn das der einzige Endzweck der Litisdenunciation wäre. Hier aber, wo diese die Verbindlichkeit zum Beistande mit sich führt; hier, wo die Bekanntmachung des entstandenen Rechtsstreits ein wesentliches Stück der Litisdenunciation ausmacht, kann jene Regel nichts bewürken. Es mußte also auch in dem oben angeführten Falle der Käufer mit seiner Klage abgewiesen werden k).

290. Me-

h) L. 20. 21. 22. C. de evict.

i) *Reg.* 31. *de reg. iur. in* 6. Eum, qui certus est, certiorari ulterius non oportet.

k) *Carpzov* lib. 3. resp. 16. nr. 2. *Struv* or. 27. §. 28. *Huber* prael. iur. civ. Tit. de evict. §. 14. *Stryk* eod. tit. §. 16. Cramers Wezl. Beiträge Th. 2. No. 6. *Brunnemann*

290. Meditation.

Eine Kirche ist auch zur Litisdenunciation verpflichtet, und verlieret, wenn sie solche unterlassen hat, ihren Regres.

§. 1.

Eine Kirche hatte verschiedene Grundgüter von dem Titius angekauft, welche sämtlich an die Aecker eines benachbarten Gutsbesitzer gränzten. Unter diesem und der Kirche entstanden wegen der Gränzen Streitigkeiten, welcher Rechtsstreit denn zum Nachtheil der Kirche entschieden wurde. Als hierauf die Kirche wider den Verkäufer ihren Regres nehmen wollte, schüzte dieser sich mit der Einrede der nicht geschehenen Litisdenunciation, und wollte sich zu gar keiner Schadloshaltung verstehen.

nemann ad L. 7. C. de eviction. von Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. I. Nr. 112. S. 399. In der Jenaer Litteratur-Zeitung Nr. 26. von 1796 ist bey Recension dieses Bandes die hier vorgetragene Meinung für irrig erkläret, ohne aber, wie das auch gewöhnlich nicht geschieht, einen Grund dafür anzuführen.

§. 2.

Daß man von Seiten der Kirche dem Verkäufer der zwischen ihr und dem Besitzer des Guts entstandne Rechtsstreit nicht war bekannt gemacht, und dieser auch nicht zur Vertheidigung aufgefordert worden war, bewiesen die Acten. Allein diesem ohnerachtet glaubte die Kirche, daß sie mit Recht eine Schadloshaltung von dem Verkäufer fordern könne.

§. 3.

Ob es nun gleich nicht zu leugnen ist, daß jene Behauptung der Kirche von verschiednen Rechtsgelehrten a) vertheidiget wird; so ist doch die entgegengesetzte Meinung b) weit gegründeter. Ohne geschehene Litisdenunciation kann der Regel nach der Regres gegen denjenigen, von welchem man die Sache erhalten hat, nicht genommen werden. Hätten nun die Gesetze von dieser Regel in Absicht der Kirche eine Ausnahme machen, und dieser die Verbindlichkeit litem zu denunciiren erlassen wollen, so hätte solches ausdrücklich geschehen müssen. Es ist aber kein einziges Gesetz vorhanden, worin eine solche Ausnahme gemacht ist, vielmehr wird die-

a) *Brunnemann* J. E. lib. 2. cap. 15. §. 4. *Covarruvias* var. ref. lib. 3. cap. 17. nr. 3. *Gonzalez* ad cap. ult. X. de emt. vend.

b) *Böhmer* Ius eccl. Tom. 2. lib. 3. Tit. 17. §. 10.

dieses Eeforderniß in dem geistlichen Rechte c) ausdrücklich, und zwar ohne irgend eine Einschränkung wiederholet.

§. 4.

Der Grund, den man zum Beweise der gegenseitigen Meinung anführet, beweiset das nicht, was er beweisen soll. Denn wenn in der *L. 3. C. in quib. cauſ. in integr. reſt. neceſſ. non eſt* d) gesagt wird: daß die Schuldener eines Minderjährigen ohne vorhergegangne Anmahnung in mora gesetzt würden, und wenn man hieraus folgern will, daß, da die Kirche die Rechte eines Minderjährigen habe, auch eben das, was in Ansehung der Minderjährigen verordnet worden sey, hier eintreten müsse: so ist dieses in allem Betracht ein Fehlschluß. Man schließt auf eine zweifache Art, von verschiednen Dingen, auf verschiedne Dinge. Denn einmal ist der Satz, daß die Kirche in allen

c) *Cap. 7. X. de emt. vend.* Si venditori post institutum contra se iudicium emiserit, ut rem venditam sibi defenderet, nunciare, vel contumaciter abfuit, tempore sententiae promulgatae, seu per iniuriam sententia lata fuit, de evictione iuxta legitimas sanctiones agere non valebit.

d) In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est; in his videlicet, quae moram desiderant.

Fällen mit den Minderjährigen gleiche Rechte habe, an sich falsch, und eben daher der Schluß von diesen auf jene unrichtig. Fürs zweite ist auch zwischen Anmahnung, die hier durch die Gesetze in Absicht des Schuldners eines Minderjährigen geschieht, und der Litisdenunciation ein Himmel weiter Unterschied. Durch die Anmahnung wird der Schuldner in mora gesetzt, die Litisdenunciation hat aber zum Endzweck, demjenigen, wider den man seinen Regres nehmen kann, von dem entstandnen Streite Nachricht zu geben, und ihn zur Vertheidigung aufzufordern.

---

291. Meditation.

Ueber Remission des Pachtgeldes und Pachtkorns, bey erlittenen Unglücksfällen, an den Früchten.

§. 1.

Es ist bekannt, daß nach den römischen Gesetzen a) dem Pächter, wenn er an seinen Früchten großen Schaden, durch nicht gewöhnliche Unglücksfälle, als Kriegesverheerungen, Wasserfluthen, Hagelschlag, Mäusefras ꝛc. ohne sein Verschulden leidet, und er diese in seinem Pachtkontrakt nicht übernommen hat, an dem Pachtgelde Nachlaß bewilligt werden müsse.

Wie groß aber dieser Schade seyn muß, wenn er sich zur Remission des Pachtgeldes qualificiren soll; und wie die Berechnung und Bestimmung des Nachlasses geschiehet; dies wird in den römischen Gesetzen nicht genau verordnet.

§. 2.

Strube nimmt in seinen rechtlichen Bedenken im ersten Theil und 9ten Bedenken, mit meh-

L 4

a) L. 15. §. 2. ff. Locati cond.

mehrern Rechtsgelehrten an, daß der Schade alsdenn für groß und unerträglich zu halten sey, wenn der Pächter, nach Abzug der Bestellungskosten, den halben Theil der versprochenen Pachtgelder aus den Nutzungen des Guts nicht erheben können; und bestimmt den Nachlaß so, daß wenn z. B. das Pachtgeld 100 Rthlr. beträgt, und der Pächter hat nur 40 Rthlr. erhoben, alsdenn 60 Rthlr. erlassen werden müßten.

§. 3.

Andere Rechtsgelehrte b) aber sehen bey Bestimmung des Nachlasses, wie uns dünkt auch mit mehrerm Grunde, nicht blos darauf, ob der erlittene Schade über die Hälfte des Pachtgeldes sich beläuft, sondern überlassen die Beurtheilung hierüber, ob nemlich der Schade sich zum Nachlasse qualificire, dem billigen Ermessen des Gerichts mit Zuziehung geschickter Sach- und Haushaltsverständigen. Da aber, wie man leicht siehet, diese angenommene Bestimmung des Schadens, und des darauf zu regulirenden Nachlasses, sehr schwankend und will-

b) *Gail* Lib. 2. obs. 23. nr. 1. *Struv* Exc. 24. th. 16 und andere. Ueber diese Materie kann man noch außer den im 3ten Bande der 147. Med. angeführten Schriften, nachlesen: *Friese* de mercede propter sterilitatem remittenda. *Riedesel* de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione conductione ob calamitates bellicas.

willkührlich ist: so ist es daher am sichersten, und auch jezt am gewöhnlichsten, daß der Verpächter mit seinem Pächter den Remissionspunkt genau im Kontrakt bestimme.

§. 4.

In dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten Th. 1. Tit. 21. ist hierüber verordnet.

§. 500. Nur allein, wenn der Pächter an dem, noch auf dem Felde befindlichen, Getreide durch äußere Zufälle, als durch Frost, Dürre und Hagelschlag, Mäusefraß, Heuschrecken, Ueberschwemmungen u. s. w. einen Mißwachs oder Verlust erlitten hat, steht es ihm frei, statt der vorzulegenden Administrationsrechnung, nur allein für diese Rubrik eine verhältnismäßige Remission zu verlangen.

§. 501. Diese Befugnis findet aber nur alsdenn statt, wenn der Pächter von der beschädigten Getreide-Sorte, nicht so viel gewonnen hat, als zur Saat für das folgende Wirthschaftsjahr, und zur Wirthschaftsnothdurft bis zur nächsten Erndte erforderlich war.

§. 502. So viel als hiezu fehlt, ist der Verpächter an Pachtzinse zu erlassen schuldig.

§. 503. Ist nach einem Anschlage gepachtet worden: so werden für diesen besondern Remissionsfall, der Anschlag und die darin

angenommenen Preise, bei der Berechnung zum Grunde gelegt.

§. 504. Ist ohne Anschlag verpachtet worden: so muß der Ausfall und das Bedürfnis auf andere Art ausgemittelt, und das Fehlende, nach dem in der Provinz, oder dem Distrikte gesetzlich vorgeschriebenen, oder landüblich angenommenen Abschätzungs-Grundsätzen, ins Geld gerechnet werden.

§. 505. Was der Pächter zu seinem, seiner Frau, und seiner noch unmündigen Kinder Unterhalte, von der beschädigten Getreide-Sorte nöthig hat, wird in diesem Falle, den daraus zu bestreitenden Wirthschaftsnothdürften beigerechnet.

§. 506. Wegen Beschädigung an Brachfrüchten, kann der Pächter weder auf Vorlegung einer Administrationsrechnung antragen, noch weniger eine besondere Remission fordern.

§. 507. Ist jedoch nach einem Anschlage gepachtet, und sind darin auch Brachfrüchte mit angeschlagen worden: so findet bei einem daran sich ereignenden außerordentlichen Unglücksfalle eben das, was bei andern angeschlagenen Getreiderubriken, Statt.

§. 508. Ueberhaupt kann auf Beschädigung solcher Wirthschaftsrubriken, welche in dem Anschlage nicht mit aufgeführet, und sonst nicht in Anrechnung gebracht worden, irgend

irgend einige Remissions-Forderung in keinem Fall gegründet werden.

§. 509. Sind wegen der bei Unglücksfällen zu bewilligenden Remissionen, besondere Verabredungen unter den Partheien getroffen worden: so hat es dabei lediglich sein Bewenden.

§. 510. Hat der Pächter durch eine solche Verabredung aller Remission entsagt: so kann er dergleichen auch, wegen der ungewöhnlichen Unglücksfälle, nicht fordern.

§. 511. Hat er aber nur gewisse benannte Arten von Unglücksfällen übernommen: so bleiben ihm, wegen anderer Fälle, seine Rechte vorbehalten.

§. 5.

Was in den vorhergehenden 3 ersten §. von der Remission des Pachtgeldes bey Pachtungen gesagt ist, findet auch eben so gut nach analogischen Grundsätzen bey den Zins- und Pachtpflichtigen statt, wenn diese an ihren Kornfrüchten Schaden leiden, und deshalb um Nachlaß an ihrem Pachtkorn nachsuchen. Ist dieserhalb in den Landesgesetzen festgesetzet, wie groß der Schade an den Früchten seyn müsse, wenn Nachlaß an dem Pachtkorn statt finden, und wie dann die Remission geschehn solle, so müssen natürlich diese hiebey zum Grunde gelegt werden.

§. 6.

§. 6.

In der Grafschaft Lippe ist darüber unterm 26sten Oktbr. 1774 eine sehr bestimmte Verordnung gegeben, und folgendes gesetzlich verordnet:

1) Soll der Pachtpflichtige, wenn er an seinen Früchten einen beträchtlichen Schaden, weswegen er Nachlaß begehren will, gelitten hat, um dessen Besichtigung und Schätzung bey seiner Obrigkeit nachsuchen, diese aber

2) dieselbe nicht früher als 14 Tage oder 3 Wochen vor der Erndte vornehmen und den dazu bestimmten Tag dem Guts- oder Pachtherrn zeitig bekannt machen, damit er entweder selbst, oder durch einen Bevollmächtigten gegenwärtig seyn könne.

3) Zur Schätzung des Schadens werden von der Obrigkeit zwey, und vom Guts- oder Pachtherrn auch zwey, ganz unpartheiische Ackerverständige, wenn es möglich allemal aus einem solchen Ort, dessen Länderey mit der beschädigten von ähnlicher Eigenschaft ist, gewählet, von jener, der Obrigkeit, beeidigt c) und angewiesen, die Schätzung auf die unten bestimmte Art vorzunehmen, und jeder sein Taxatum schriftlich oder mündlich demnächst zu Protokoll

c) Der Entwurf eines Formulars zu diesem Eide ist am Ende Buchstabe A. angehängt.

tokoll zu geben; welche Taxata dann zusammen zu rechnen sind, deren Summe aber mit vier dividiret, und das Herauskommende für das wahre Taxatum angenommen wird.

4) Erscheint der Guts- oder Pachtherr nicht selbst, oder durch einen Bevollmächtigten, so wird die Bescheinigung der geschehnen Bekanntmachung zu Protokoll genommen, und mit der Taxation fortgefahren, alsdenn aber, oder wenn er etwa keine Taxatoren für sich wählen will, werden deren drey von der Obrigkeit bestellt, deren zusammen zurechnendes Taxatum denn zu Bestimmung des wahren Taxati mit drey dividiret wird.

5) Die Besichtigung und Schätzung des Schadens soll nun in Beiseyn einer obrigkeitlichen Person, und des Guts- oder Pachtherrn, oder dessen Bevollmächtigten, wenn er dazu erscheinet, und zwar so vollzogen werden: a) Die Schätzer sollen, wenn auch der Mißwachs oder Ruin der Feldfrüchte nicht total ist, dennoch alle, und folglich die beschädigten Ländereien und Früchte nicht nur, sondern auch alle übrigen besäamten Ländereien der Pachtpflichtigen, besehen und untersuchen, b) wie viel von jeder Art Früchte von jedem Scheffel Einsaat, bey gewöhnlich guter Erndte, nach Beschaffenheit des Landes zu hoffen ge-

gewesen wäre, c) wie viel hingegen wirklich eingeerndtet werden kann, und d) ob der Mißwachs etwa durch schlechte Pflege, oder übele und unzeitige Bestellung und Besaamung des Ackers ganz oder zum Theil entstanden sey?

6) Ueber diese Taxation wird, wenn es ihre Weitläuftigkeit erfordert, demnächst eine Tabelle d) mit Rubriken von jeder Gattung Früchte, wie viel davon bey gewöhnlicher Erndte zu erhalten gewesen, wie viel aber davon wirklich eingeerndtet werde, der mehr als gewöhnliche Ertrag, und der wirkliche Schade oder Verlust verfertigt.

7) Nach der hieraus sich ergebenden Beschaffenheit des Verlusts, gegen das Ganze einer gewöhnlichen Erndte, soll nun die Remission auf folgende Art geschehn: a) Wenn ein totaler Mißwachs, oder wenn alle Früchte ganz verdorben oder verlohren worden, und nichts eingeerndtet wird: so werden dem Pachtpflichtigen drey viertel von seinem schuldigen Pachtkorn erlassen, und entrichtet er nur ein viertel davon. b) Beträgt sein Verlust nur zwey drittel, so wird ihm die Halbschied des Pachtkorns nachgegeben, die übrige Halbschied aber abgeführet. c) Hat er die Halbschied an seinen Früchten verlohren; so erhält er ein Drit-

d) Der Entwurf dazu ist am Ende bey dem Buchstaben B. befindlich.

Anlage B.

zu der 291. Meditation des 5ten Bandes.

(Zur Seite 175.)

Haus-Nummer.	Namen der Unterthanen, Ländereyen und Gattung der Früchte.	Wie viel davon bey gewöhnlicher Erndte zu erhalten gewesen.								Nach erlittenem Hagelschlag wird nur geerndtet werden können.						Berechnung des Verlustes der jetzigen Erndte.				Bestimmung der Remission.											
		Aussaat und Größe der Ländereyen.		Wie viel Körner.	Ganzer Ertrag.		Geldertrag nach dem jetzigen Kornpreise,			Wie viel Körner.	Ganzer Ertrag.		Gelderttrag.			Geldertrag.			Der wie vielste Theil Verlust.	Giebt Pachtkorn.						Erhält Remission.					
																				Rocken.		Gerste.		Hafer.		Rocken.		Gerste.		Hafer.	
		Schff.	Metz.		Schff.	Metz.	Thlr.	Gr.	Pf.		Schff.	Metz.	Thlr.	Gr.	Pf.	Thlr.	Gr.	Pf.		Schff.	Metz.	Schff.	Metz.	Schff.	Metz.	Schff	Metz.	Schff.	Metz.	Schff.	Metz.
3	**Reuter.**																														
	Rocken. Der Scheffel zu 1 Rthlr.																														
	Vor dem Brinke.	6	—	4	24	—	—	—	—	1	6	—																			
	Im Felde.	4	—	5	20	—	—	—	—	2	8	—																			
	Gerste. Der Scheffel zu 27 Mgr.				44	—	44	—	—		14	—	14	—	—																
	Auf der Egge.	8	—	4	32	—	24	—	—	1	8	—	6	—	—																
	Hafer. Der Scheffel zu 18 Mgr.																														
	Im Felde.	12	—	6	72	—	—	—	—	2	24	—																			
	Am Wege.	6	—	6	36	—	—	—	—	2	12	—																			
					108	—	54	—	—	—	36	—	18	—	—				Ueber												
6	**Wirth.**						122	—	—				38	—	—	84	—	—	$\frac{2}{3}$	4	—	2	—	4	—	2	—	1	—	2	—
	Rocken.																														
	Im Grunde.	8	—	6	48	—	48	—	—	3	24	—	24	—	—																
	Gerste.																														
	Beym Holze.	6	—	4	24	—	18	—	—	2	12	—	9	—	—																
	Hafer.																														
	Am Berge.	4	—	6	24	—	—	—	—	2	8	—																			
	Am Wege.	5	—	6	30	—	—	—	—	2	10	—																			
					54	—	27	—	—		18	—	9	—	—				Ueber							1	—	—	—	1	—
							93	—	—				42	—	—	51	—	—	$\frac{1}{2}$	3	—	—	—	3	—						

Drittel Nachlaß, und zwey Drittel seines Pachtkorns bezahlt er; dahingegen d) ihm bey geringerem Abgang oder Verlust, gar keine Remission geschiehet.

A.

Entwurf eines Formulars zum Schätzungs-Eide.

Ich gelobe und schwöre einen Eid zu Gott dem Allmächtigen, daß ich von denjenigen Aeckern, welche mir angezeigt werden, nicht nur den Ertrag der Früchte von jedem Scheffel Einsaat, wie solcher bey einer gewöhnlich guten Erndte, nach Beschaffenheit des Landes zu hoffen gewesen wäre; sondern auch den Ertrag der diesjährigen Erndte von jeder Frucht derselben, nach dem erlittenen Mißwachs (Hagelschlag ꝛc.) mit genommener Rücksicht auf die Cultur, Bestellung und Besaamung des Ackers, nach meinem besten Wissen, Gewissen und Kenntniß getreulich angeben, und dieses alles nicht unterlassen will, wegen Gabe, Geschenk, Nutzen, Gunst, Haß, Freundschaft, Feindschaft, Furcht, oder was sonst des Menschen Sinne erdenken mögen, alles getreulich und ohne Gefährde, so wahr ꝛc.

B.

Siehe Anlage.

292. Meditation.

In der Appellationsinstanz können, über die in erster Instanz bereits gebrauchten Beweisartikel, neue Zeugen abgehört werden.

§. 1.

In einer, wegen einer Dienstbarkeit rechtshängigen Sache, hatte Kläger am Gerichte über verschiedene Beweisartikel Zeugen abhören lassen, durch selbige aber seine Intention nicht erwiesen. Er wurde dieserhalb mit seiner Klage abgewiesen. Von diesem Bescheide appellirte Kläger an das Obergericht, und zeigte zugleich in seiner Justificationsschrift an, daß er nach bereits in erster Instanz publicirten Zeugen-Aussagen, und darnach gegebenem Bescheide, neue Zeugen aufgefunden habe, wodurch er seine angestellte Klage hinlänglich zu erweisen hoffe. Er übergab zu dem Ende Beweisartikel, die mit denen in erster Instanz übergebenen, von gleichem Inhalt waren, bat die Appellation anzunehmen, und einen Termin zur Abhörung der Zeugen anzusetzen; und erbot sich zur eidlichen Bestärkung seiner Angabe, daß er, vor publicir-

ten

ten Zeugen Aussage in erster Instanz, noch keine Wissenschaft von diesen vorgeschlagenen neuen Zeugen gehabt habe.

Diese Justificationsschrift wurde dem Appellaten zu seiner exceptivischen Vernehmlassung communiciret.

§. 2.

Appellat stellte dagegen vor, daß die von Appellanten begehrte Abhörung der Zeugen, über die nemlichen bereits in erster Instanz übergebenen Beweisartikel nicht mehr statt finde; weil einmal überhaupt nach verflossenem Beweistermine, und nach Eröfnung der Zeugen-Aussagen, keine neue Zeugen mehr abgehöret werden dürften a); auch zweitens selbst in der Appellationsinstanz dieses nicht weiter statt finde b), wie solches ausdrücklich in der Clem. 2. de testibus verordnet sey c).

§. 3.

a) Auth. At. qui semel. C. de probat.

b) *Gail* Lib. 1. Obs. 105. nr. 1. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 157. Tom. 2. obs. 119. *Böhmer* Princip. iur. can. §. 840. Edit. 3.

c) Testibus rite receptis, et eorum attestationibus publicatis, sicut non licet super eisdem vel derecto contrariis articulis, alios vel eosdem testes in principali causa producere, *sic non debet in appellationis causa licere.* Cum non minus in appellationibus, quam in principali causa subornatio sit timenda.

§. 3.

Appellant behauptete dagegen, daß zwar in erster Instanz nach verflossenem Beweistermine und geschehner Eröfnung der Zeugen-Aussagen, keine neue Zeugen weiter produciret werden könnten; in der Appellationsinstanz aber dieses, zumal im gegenwärtigen Falle, da er vor Eröfnung der Zeugen-Aussagen, von seinen neuen Zeugen keine Wissenschaft gehabt habe, allerdings statt finde; weil einen Theils es höchst unbillig seyn würde, wenn jemand seines Beweises, der ihm vorher unbekannt gewesen sey, beraubt werden sollte; andern Theils auch der jüngste Reichsabschied von 1654 §. 73 und 74 ausdrücklich in der Appellationsinstanz den Partheien die Befugniß gegeben habe: was *in priori instantia* nicht vorgekommen oder deduciret worden, *de novo* zu deduciren und zu beweisen, auch was in voriger Instanz bereits vorgebracht, ferner und besser zu beweisen. Ferner: auch in dem, was *in priori instantia* allbereits eingekommen, *veritatem et circumstantias facti* besser zu erläutern, und ein mehrers auszuführen oder zu beweisen.

§. 4.

Hiegegen könne auch zur Begründung der gegenseitigen Behauptung die *Clem.* 2. *de testibus* nicht angeführt werden. Denn wenn gleich diese

diese, auch in der Appellationsinstanz keine neue Zeugen über die nemlichen in erster Instanz gebrauchten Beweisartikel, zuließe; so sey dieses Gesetz nicht mehr anzuwenden, weil ein neuers Reichsgesetz in der Appellationsinstanz, einen bessern Beweis, über das bereits in voriger Instanz Vorgebrachte, nachgelassen habe; auch mehrere Rechtsgelehrte d) ein gleiches behaupteten.

§. 5.

Nach diesen Grundsätzen wurde nun auch der Appellant, nachdem er zuvor mit einem Eide bestärkt hatte, daß er in erster Instanz von den jezt vorgeschlagenen neuen Zeugen keine Wissenschaft gehabt habe, mit seinem Beweise gehöret. Denn ob zwar der angeführte Reichsabschied nicht speciel den Fall enthält, wenn über die in erster Instanz bereits übergebenen Beweisartikel in der Appellationsinstanz neue Zeugen verhört werden sollen: so redet er doch so generel von besserem Beweise über solche Punkte, die bereits in voriger Instanz vorgebracht sind, daß nach dem richtigen Sinn, und den Regeln der Auslegunskunst, auch jener Fall mit darunter begriffen werden muß.

d) *Mynsinger* Cent. 1. obs. 41. *Mevius* P. 8. obs. 48. *Cramer* T. 1. Obs. 324. *Fleischel* de benef. probandi secundae instantiae Cap. 7. §. 46.

§. 6.

Hiebey läßt sich noch die Frage aufwerfen: Ob in gegenwärtigem Falle der Appellat auch Gegenbeweiszeugen über solche Artikel, welche den von Appellanten in erster Instanz schon gebrauchten und jezt wieder eingereichten Beweisartikeln grade entgegen sind, abhören lassen könne? Unsrer Meinung nach würde hier zu unterscheiden seyn: ob der Appellat in erster Instanz Wissenschaft von seinen jetzigen Gegenbeweis-Zeugen gehabt habe, oder nicht. Wäre lezteres, so könnte ihm dieser Gegenbeweis nicht abgesagt werden. Wäre aber ersteres, so würde es darauf ankommen, ob in den Gesetzen, oder der Prozeßordnung ein Gegenbeweistermin vorgeschrieben sey, und dann dürfte, der Regel nach, der Appellat, wenn er solchen versäumt, mit diesem Gegenbeweise nicht weiter gehöret werden; oder ob der Richter erster Instanz den Beweistermin festgesetzt habe, alsdenn wäre der Gegenbeweis noch zulässig.

---

293. Meditation.

Ein Testament der Eltern unter ihren Kindern, welches einem der Kinder in Verwahrung gegeben ist, und nach dem Tode des Vaters von dem Kinde produciret wird, ist deswegen nicht ungültig.

§. 1.

Ein Vater hatte seinen lezten Willen seinem ältesten Sohn versiegelt in Verwahrung gegeben, und demselben befohlen, nach seinem Tode dieses sein Testament seinen Geschwistern vorzulegen und in deren Gegenwart zu eröfnen. Der Sohn kam diesem Befehl seines Vaters, welcher einige Zeit nach dem gemachten Testamente starb, nach. Allein, seine Geschwister, welche von obigem Vorgang nichts wußten, wollten das Testament nicht gelten lassen, so daß die Frage: ob ein solches Testament, welches ein Vater einem seiner Kinder in Verwahrung gegeben habe, rechtsbeständig sey, oder nicht? rechtlich entschieden werden mußte.

§. 2.

Das Testament hatte alle zu einem Testamente der Eltern unter ihren Kindern vorgeschriebene Erfordernisse an sich, daher es in dieser Rücksicht nicht angefochten wurde, und auch nicht angefochten werden konnte. Allein die klagenden Geschwister glaubten dennoch aus andern Gründen das Testament als ungültig angreifen zu können; sie erreichten aber ihren Zweck nicht, vielmehr wurde das Testament für ein den Rechten nach gültiges Testament erkannt.

§. 3.

Die Gründe, die hier von Seiten der Geschwister angeführt wurden, waren folgende. Sie sagten, in der Nov. 107. Kap. 1. sey ausdrücklich verordnet: daß alle und jede Disposition der Eltern unter ihren Kindern, wenn solche anders gelten sollten, klar und ungezweifelt und überhaupt so beschaffen seyn müßten, daß gegen die Glaubwürdigkeit derselben kein Zweifel gemacht werden könne. Zu einer solchen Disposition gehöre aber nicht das Testament, welches ein Vater einem seiner Kinder in Verwahrung gegeben habe; da hier ein gegründeter Verdacht, daß solches untergeschlagen sey, eintrete. Dieser Verdacht werde auch dadurch nicht entfernt, daß das Testament von der Hand ihres Vaters sey, da leicht eines andern Hand nachgemacht werden könne, und daher hier der

Zwei=

Zweifel noch immer über bleibe, ob jenes Testament von ihrem Vater wirklich geschrieben sey, oder nicht.

§. 4.

Weiter beriefen sie sich auf die Meinung verschiedner Rechtsgelehrten a), nach deren Behauptung ein Testament der Eltern unter ihren Kindern, welches nach dem Tode des Vaters nicht in einem Kasten oder Schrank, sondern unter andern unbedeutenden und unnützen Schriften gefunden würde, gar nicht gültig sey. Hieraus machten sie nun den Schluß: ist ein solches Testament, welches sich noch in dem Hause des Vaters, aber zwischen andern unbedeutenden Schriften findet, ungültig, wie vielmehr denn, wenn ein solches Testament sich gar nicht in der Gewahrsame des Vaters findet, und ein Dritter solches in Händen hat.

§. 5.

Dies waren die Gründe, deren sich die Geschwister zur Vertheidigung ihrer Meinung bedienten; aber es ist nicht schwer, die Unerheblichkeit derselben zu zeigen.

In der Nov. 107. Kap. 1. sind alle die Stücke vorgeschrieben, die Eltern, wenn sie auf eine rechtsgültige Art unter ihren Kindern testiren

a) *Gail* lib. 2. obs. 112. nr. 9. *Stryk* caut. test. C. 10. §. 19.

ren wollen, beobachten müssen. Mit keinem einzigen Worte aber wird darin gedacht, daß ein solches Testament nach dem Absterben der Eltern sich auch in ihrer Gewahrsame befinden müsse. Dies ist schon ein Grund, warum wir in dem angeführten Falle das Testament für gültig anerkennen müssen.

§. 6.

Der zweite Grund für die Gültigkeit eines solchen Testaments liegt in den Endworten jener Nov. Es heißt: *quod manus et lingua habeat omnem virtutem chartae praebitam*. Aus diesen Worten fließt also von selbst, daß, wenn die bloße Hand des Vaters, d. i. wenn es gewis ist, daß derselbe das Testament geschrieben habe, dem Testamente allen Glauben verschaft; auch die bloße Disposition des Testaments bey einem der Kinder dem Testament seine Glaubwürdigkeit nicht benehmen könne.

§. 7.

Es ist unnöthig, unsre Meinung noch mit mehreren Gründen zu unterstützen, weswegen wir denn nur noch mit wenigen die Unerheblichkeit der gegenseitigen oben angeführten Einwürfe zeigen wollen.

Die aus den, in der Nov. 107. Kap. 1. enthaltnen Worten: *ut undique clarae et indubitatae consistant:* gezogne Folge, ist ganz unrichtig, wie jeder, der nur jene Stelle mit irgend

gend einer Aufmerksamkeit ansehen will, finden wird. Es beziehen sich nemlich jene Worte auf die den Eltern vorgeschriebne Form, die sie bey einem Testamente unter den Kindern zu beobachten haben, wie solches das vorhergehende deutlich lehrt. Ein Vater, wenn er unter seinen Kindern testiren will, heißt es daselbst, soll das Testament schreiben und unterschreiben, die Zeit, wann solches gemacht worden, bemerken, die Namen der Kinder und die Summe mit Buchstaben und nicht mit Ziffern ausdrücken, damit, wie nun hinzugefügt wird, alles klar und ungezweifelt sey. Hieraus ist also ersichtlich, daß die Worte: *claras et indubitatae* nicht auf allen und jeden Zweifel gehen, der gegen ein solches Testament gemacht werden kann, — denn sollte das seyn, welche Testamente würden dann wohl bestehen, — sondern nur auf solche, welche, wenn die gehörige Form nicht beobachtet ist, entstehen können.

§. 8.

Aber wir wollen zugeben, daß jene Worte in einem ganz allgemeinen Verstande müssen genommen werden; und selbst auch denn würden sie uns nicht entgegen stehen. Die Unterschiebung eines Testaments ist und bleibt nicht blos eine böse Handlung, sondern ist auch selbst ein Verbrechen. Sobald also in dem angeführten Falle ein, bey einem der Kinder niedergelegtes Testament, von den übrigen als ungültig ange-

fochten wird, muß auch von leztern der Beweis geführet werden, daß ein solches producirtes Testament untergeschlagen sey. Kann dieser Beweis geführet werden, so ist freilich an der Ungültigkeit des Testaments nicht zu zweifeln; kann ers aber nicht, so kann ein bloßer ohne Grund erregter Zweifel, dem Testamente seine Glaubwürdigkeit nicht nehmen..

§. 9.

Der zweite in dem §. 4. angeführte Zweifelsgrund ist eben sowol unbedeutend. Denn fürs erste fehlet es jener Meinung, die auch nicht einmal von allen Rechtsgelehrten angenommen wird, an einer gesetzlichen Disposition. Fürs zweite ist, wenn man auch dieselbe als wahr annehmen will, ein großer Unterschied unter diesem, und dem von uns angeführten Falle. Eltern, die ihr Testament zwischen andere unnütze, in einem nicht verschlossenen Behältnisse liegende Schriften werfen, zeigen dadurch schon an, daß ihnen das Testament gleichgültig sey, daß sie es nicht achten. Aber das läßt sich dann nicht sagen, wenn sie es einem ihrer Kinder in Verwahrung geben, vielmehr läßt sich grade das Gegentheil daraus schließen, wie jedem von selbst ohne weitre Ausführung einleuchten wird.

Nach diesem allen mußten also die klagenden Geschwister mit ihrer Klage abgewiesen werden.

294. Meditation.

Durch die Nov. 18. Kap. 1. ist der Pflichttheil der Geschwister gleichfalls vermehrt.

§. 1.

Es ist bekannt, daß Justinian in der Nov. 18. Kap. 1. in Absicht der Quantität des Pflichttheils eine Aenderung gemacht, und solche nach Verschiedenheit der Anzahl der Notherben theils auf die Hälfte, theils auf den dritten Theil des Vermögens, was ein solcher Erbe bei der Intestaterbfolge würde bekommen haben, gesetzt hat.

§. 2.

Ob nun durch gedachte Novelle auch der Pflichttheil der Geschwister vermehrt sey, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Wir wollen hier die Gründe, die für beyde Meinungen angeführt werden, hersetzen, da sich denn aus der Vergleichung derselben ergeben wird, daß die Meinung derjenigen a) die wichtigste sey, wel:

a) *Struv* Syntag. iur. civ. Tit. de inoff. test. §. 13. *Müller* ad Struv. l. c. *Stryk* V. M.

welche die Nov. 18. Kap. 1. auch auf die Geschwister ausdehnen.

§. 3.

Wenn wir das erste Kapitel jener Nov. ansehen, so finden wir zwar, daß solches im Anfang nur von dem Pflichttheile der Kinder rede, aber am Ende desselben wird die darin enthaltne Verordnung auf alle diejenigen erstrecket, welchen nach den Gesetzen der Pflichttheil gebühret, wie aus diesen Worten ganz klar ist: *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.* Wenn es nun gewis ist, daß auch nach dem ältern Rechte nicht blos den Kindern, sondern auch den Eltern und Geschwistern, unter gewissen Einschränkungen der Pflichttheil gebühret habe b); so ist es auch wohl gewis, daß die von Justinian in jener Novelle in Absicht der Quantität des Pflichttheils gemachte Abänderung, auch auf die Geschwister gehen müsse.

§. 4.

M. eod. tit. §. 16. et in caut. testam. cap. 17. membr. 1. §. 25. *Cocceji* J. C. Tit. de inoff. test. qu. 28. *Glück* Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate 1788, in opusc. Fasc. 3. nr. 1. seqq. Höpfners Comment. über die Heinecc. Instit. §. 473. S. 433. *Lichtenstein* de legitima parentum.

b) §. 1. I. de inoff. test.

§. 4.

Sodann ist hier auch ein und eben der Grund da, der zur Vermehrung des Pflichttheils den Kaiser Justinian bewogen hat, nemlich dieser, weil der Theil, der den Notherben nach dem ältern Rechte hinterlassen werden mußte, ihm zu gering zu seyn schien. Dieser Grund trift die Geschwister eben so gut, als die Kinder und Eltern, da es bey erstern sich eben so gut zutragen kann, daß wegen der Menge der daseynden Geschwistern, wenn man nemlich in Bestimmung des Pflichttheils derselben das alte Recht blos zum Grunde legen will, auch nur ein ganz unbedeutender Theil der Erbschaft auf sie kommt.

§. 5.

Dies würde schon zum Beweise dieser Meinung hinreichend seyn. Um diese aber noch mehr außer Zweifel zu setzen, wollen wir die Gründe der gegenseitigen Meinung c) anführen und deren Unerheblichkeit zeigen. Man sagt: die Nov. 18. Kap. 1. rede nur allein von der Vermehrung des Pflichttheils der Kinder, und dürfe daher als ein lex correctoria nicht aus-

c) *Graff* recept. sent. lib. 1. qu. 10. *Treutler* Vol. 1. disp. 13. §. 13. *Scheidewin* ad I. Tit. de inof. test. nr. 10. *Rittershusius* ad Nov. p. 5. cap. 4. nr. 4. *Stephani* ad Nov. 18. nr. 8. *Vinnius* ad Just. Lib. 2. Tit. 17. §. 3.

ausgedehnet werden. — Allein die Unerheblichkeit dieses Einwurfs wird schon daraus klar, wenn man nur erwägen will, daß nemlich der Grund, warum der Pflichttheil vermehret worden ist, ganz allgemein sey, und daß auch in den oben angeführten Endworten des ersten Kapitels der 18. Nov. die gemachte Bestimmung bey allen den Personen beobachtet werden solle, denen der Pflichttheil gebühret. Freilich muß sonst ein lex correctoria einschränkend erkläret werden; aber diese Regel fällt doch auch alsdenn weg, wenn, wie hier der Fall ist, das Gesetz ganz allgemein und ohne Einschränkung redet.

§. 6.

Wir haben gesagt: daß hier ein und eben der Grund in Ansehung des Pflichttheils der Geschwister, als des der Kinder eintrete. Dies wird uns von den Gegnern streitig gemacht. Sie behaupten nemlich, daß hier allerdings ein Unterschied zwischen Kindern und Geschwistern eintrete, indem, so wie es auch in den Gesetzen angegeben worden, die Eltern schon gleichsam von Natur verpflichtet wären, ihren Kindern wenigstens einen Theil ihres Vermögens zu hinterlassen; diese Verbindlichkeit fiele aber bey Geschwistern gegen einander weg; denn diese könnten das Testament ihres Bruders oder Schwester nicht anders angreifen, als wenn ihnen eine ehrlose Person vorgezogen sey.

§. 7.

Wir geben zwar zu, daß in Ansehung der von den Kindern wider das Testament ihrer Eltern, und der von deu Geschwistern wider das Testament eines ihrer Geschwister, anzustellenden Klage des pflichtwidrigen Testaments ein großer Unterschied obwalte. Aber hiervon kann man um so weniger auf die Bestimmung der Größe des Pflichttheils schließen, da die Frage: wann Kinder und wann Geschwister ein Testament als pflichtswidrig angreifen können? gar nichts mit dem Pflichttheile selbst gemein hat. Ueberdem hat ja Justinian ganz deutlich jene gesetzliche Disposition auf alle diejenigen erstrecket, denen sonst der vierte Theil des Vermögens als Pflichttheil gehörte.

§. 8.

Der Einwurf: daß Justinian in verschiednen andern Stellen d), wo er nemlich der durch ihn geschehenen Vermehrung des Pflichttheils erwähnt, blos allein des Pflichttheils der Kinder und nicht der Geschwister gedenkt, ist um so mehr unerheblich, da die bloße Ansicht der in der Note d) angeführten Novellen lehrt, daß das, was in derselben enthalten, blos allein die Kinder angehe, und sich nicht auf Geschwister anwenden lasse.

d) Nov. 39. cap. 1. p. Nov. 92. in praef.

295. Meditation.

Ueber den Umstand: ob ein Testament erzwungen sey? kann dem, in einem solchen Testamente eingesezten Erben, der Eid zugeschoben werden.

§. 1.

Titius hatte den Kajus, mit völliger Uebergehung des Sempronius als seines Intestaterbens, zum alleinigen Erben seiner Nachlassenschaft eingesezt. Dieses Testament wurde von dem Intestaterben aus dem Grunde als null und nichtig angefochten, weil, wie er vorgab, der Titius von dem Kajus zur Errichtung des Testaments gezwungen sey. Zur Unterstüzung dieser Angabe waren verschiedene Umstände angeführet; allein, der Kajus wollte nichts an sich kommen lassen, und wurde daher dem Kläger der Beweis seiner Behauptung auferlegt. Um nun diesen Beweis zu führen, wurde dem Kajus der Eid zugeschoben, welcher sich aber nicht darauf einlassen wollte, und behauptete, daß in einem solchen Falle die Eideszuschiebung nicht statt finde. Diesem allen aber ungeachtet, wurde

de in dem hierauf erfolgten Urtheile, dem Kajus aufgegeben, sich, unter der Strafe des verweigerten Eides, auf den ihm zugeschobenen Eid einzulassen.

§. 2.

Es ist zwar wahr, daß nach der Meinung verschiedener Rechtsgelehrten a) in einem solchen Falle die Eideszuschiebung unzulässig seyn soll; allein wenn wir nur die für diese Meinung angeführten Gründe mit einiger Aufmerksamkeit erwägen wollen, so werden wir bald die Schwäche derselben einsehen. Man sagt: derjenige, der einen andern entweder hindert, ein Testament zu machen, oder zu der Errichtung desselben zwingt, begeht eine solche strafwürdige Handlung, weswegen er sich einer außerordentlichen Strafe schuldig macht. In einem solchen Falle aber, wo eine peinliche Strafe auf eine unternommene und begangene Handlung stehe, finde der Beweis durch einen Eid nicht statt. Sodann sey auch durch eine solche Eideszuschiebung, da der Eid über eine solche Sache geleistet werden solle, von welcher der Beklagte allein Wissenschaft habe, diesem das Recht genommen, sich der Zurückschiebung des Eides bedienen zu können.

a) *Carpzov* part. 3. const. 5. def. 14. *Martini* comment. forens. in proc. Tit. 18. §. 1. nr. 114. *Brunnemann* proc. civ. cap. 23. nr. 5. *Berlich* part. 1. concl. 29. nr. 52.

nen. Und endlich werde schon durch die in dem Testamente enthaltne Klausel: daß alles, was er in seinem Testamente verordnet, sein freier und ungezwungener Wille sey, der Verdacht alles Zwanges entfernet.

§. 3.

Daß nun die Eideszuschiebung der Regel nach in allen und jeden Sachen b), ja selbst in causis famosis c) statt finde, ist keinem Zweifel unterworfen. Bey dieser Regel müssen wir also so lange stehen bleiben, bis durch die Gesetze in einem oder andern Falle eine Ausnahme gemacht ist. Zu einer solchen Ausnahme gehöret aber nicht der Eid, der wegen des Verdachts eines erzwungnen Testaments zugeschoben wird. Wir behaupten also mit weit besserm Grunde, daß sich der Erbe allerdings auf einen solchen Eid einlassen müsse d).

§. 4.

b) *L.* 3. §. 1. ff. de iureiur.

c) L. 5. §. 8. ff. de iniur. L. 52. §. 27. ff. de furt. Meditat. B. 4. Med. 205.

d) *Stryk* caut. test. cap. 2. §. 9. *Berger* elect. disc. forens. Tit. 18. obs. 3. not. 7. *Wernher* part. 1. obs. 192. *Hommel* Rhaps. obs. 262. Fredersdorfs Justiz=Beamter zweiter Band 2. Th. 2. Absch. Kap. 40. §. 4. nr. 5. *G. L. Böhmer* de auctor. iud. circa iur. del. et rel. §. 11. in Elect. iur. civ. Tom. 2. pag. 666. seqq.

§. 4.

Die wider diese Meinung in (§. 2.) angeführten Gründe stehen uns auch gar nicht entgegen. Denn wenn es gleich wahr ist, daß in peinlichen Sachen, der Regel nach, die Eideszuschiebung nicht statt finde; so kann doch aus einem doppelten Grunde davon keine Anwendung auf gegenwärtigen Fall gemacht werden: einmal deswegen nicht, weil hier ja nicht peinlich, sondern auf die Annullation des Testaments geklagt wird; fürs zweite deswegen nicht, weil jene Regel, bey geringen Verbrechen, auf welchen eine geringe körperliche, oder eine mäßige Geldstrafe gesezt ist, ihren Abfall leidet e).

§. 5.

Der zweite Grund der gegenseitigen Meinung ist eben so unbedeutend; es folgt nicht, daß demjenigen, der einen zugeschobnen Eid nicht zurückschieben kann, auch der Eid nicht zugeschoben werden könne f); denn wenn das so unbedingt wahr wäre; so würde daraus folgen, daß in allen den Sachen, von welchen ein Theil nur allein Wissenschaft haben kann, keine Eideszuschiebung statt finde. Endlich kann hier die angeführte Clausel des Testaments nichts bewirken, da diese eben so gut wie das ganze Te-

e) *Wernher* part. 4. obs. 151. nr. 258. seq.

f) arg. L. 34. §. 8. ff. de iureiur. Cap. ult. X. eod. *ICti Tubing.* Vol. 2. cons. 21. nr. 8.

stament erzwungen seyn kann; sie hat also keine weitre Wirkung, als die in einer Schuldverschreibung enthaltne Begebung des nicht empfangnen Geldes, wenn derselben diese Einrede entgegen gesezt wird.

---

296. Meditation.

Eine Ehefrau hat in Absicht der ihr von ihrem Ehemanne zu bezahlenden Alimenten, keine Hypothek auf den Gütern ihres Ehemannes.

§. 1.

Ueber die Frage: ob einer Ehefrau wegen der zu fordern habenden Alimenten, eine Hypothek auf den Gütern ihres Ehemanns zustehe? wurde zwischen den Kreditoren und der Ehefrau gestritten, wozu folgender Fall die Veranlassung gab. Zwey Eheleute, welche mit einander in einer ganz unfriedlichen Ehe lebten, wurden, da alle Versuche, sie mit einander auszusöhnen, vergeblich waren, von Tisch und Bette geschieden und der Mann verurtheilet, seiner Frau jährlich

sich gewisse Alimentengelder zu bezahlen. Als nun der Mann einige Jahre nachher starb, und über sein Vermögen ein Konkurs entstand, forderte die Frau die noch von zwey Jahren rückständigen Alimenten, und verlangte, daß sie in Absicht dieser Forderung allen andern hypothekarischen Gläubigern müsse vorgezogen werden. Dieses wurde ihr aber von leztern streitig gemacht.

§. 2.

Daß nun eine Ehefrau wegen ihres eingebrachten Brautschatzes allen Gläubigern ihres Ehemanns vorgezogen werde, selbst auch dann, wenn diese gleich eine ältere Hypothek haben, ist von uns anderwärts a) erwiesen worden. Wir glauben aber nicht, daß dieses Vorrecht sich auf Alimente erstrecke b). Denn, daß in den Gesetzen nichts hierüber verordnet sey, daß sich kein einziges Gesetz finde, in welchem den Ehefrauen wegen der Alimente eine stillschweigende Hypothek gegeben sey, wird und muß uns ein jeder zugeben. Aber eben dieses Stillschweigen

a) Meditationen Band 1. Med. 21.

b) *Mara* de conc. creditor. lib. 2. tit. 4. §. 23. et 58. *Perez* ad C. Tit. de rei uxor. act. nr. 11. *Fachineus* controv. iur. lib. 12. cap. 33. *Struv* ex. 26. §. 14. nr. 3. *Walch* contr. iur. recent. Sect. 2. cap. 5. §. 14. *Wernher* part. 9. obs. 237. *ICti Tubing.* Vol. 5. cons. 26. nr. 9. *Berger* Oecon. iur. Lib. 2. Tit. 5. §. 4. not. 4.

gen der Gesetze verbietet uns auch, hier eine solche willkührliche Ausdehnung zu gestatten, da man offenbar gegen den Grundsatz: daß *iura singularia* nicht auf ähnliche Fälle ausgedehnt werden dürfen c), angehen würde.

§. 3.

Wir werden uns von der Wahrheit unserer Behauptung noch mehr überzeugen, wenn wir die Gründe der gegenseitigen Meinung d) noch einer kurzen Prüfung unterwerfen. Der Grund, warum man den Ehefrauen wegen der Alimenten ein eben so großes Vorzugsrecht, wie in Absicht des Brautschatzes beilegen will, beruhet darin, weil man die Alimenten als Zinsen des Brautschatzes ansiehet. Da nun Zinsen mit

c) *L.* 14. *ff. de legibus.* Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. S. Meditationen B. 1. M. 3.

d) *Faber* ad C. lib. 1. Tit. 8. def. 26. *Negusantius* de pignor. membr. 4. part. 2. nr. 47. *Suraus* de alimentis lib. 1. qu. 43. nr. 16. *Mynsinger* cent. 1. obs. 64. *Hahn* ad Wesenb. Tit. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr. nr. 12. *Carpzov* part. 1. dec. 57. nr. 13. 14. *Mevius* part. 3. dec. 367. nr. 2. *Stryk* V. M. Tit. in quib. caus. pign. vel. hyp. tac. contr. §. 9. *Ittig* de vidua, usque dum ipsi satisfiat, ex mariti bonis sustentanda cap. 3. §. 7.

mit dem Kapital gleiche Rechte haben e); so folgert man daraus, daß das, was in Absicht des Brautschatzes Rechtens sey, es auch in Absicht der Alimente seyn müsse.

§. 4.

Allein es ist falsch, daß Alimente als Zinsen des Brautschatzes anzusehen sind; denn wäre das, so würde folgen, daß ein Mann seine Frau, die ihm keinen Brautschatz zugebracht hat, nicht zu ernähren schuldig sey. Hiernach muß also das, was man aus der angeführten *L. 18. ff. qui pot. in pign. vel hyp. hab.* hat herleiten wollen, von selbst wegfallen.

Dieses Gesetz redet, wie der bloße Anblick desselben lehrt, von dem Falle, wenn sich jemand wegen eines zinsbaren Darlehns eine Hypothek von seinem Schuldner hat geben lassen, und dieser Schuldner in der Folge ein zweites Darlehn auf eben die Hypothek aufgenommen hat. Die hiebey nun aufgeworfne Frage: ob

e) *L. 18. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.* Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris acceptis pignoribus, eidemque debitori Mevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit, quaero: an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Mevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? *Respondit: Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potiorem esse.*

der erste Gläubiger sowol in Ansehung der Zinsen, die von dem nachher aufgenommenen Kapital fällig gewesen, als auch der folgenden, dem zweiten Gläubiger vorgezogen werden müsse? wird bejahend entschieden, und das mit Recht, da die Hypothek nicht blos fürs Kapital, sondern auch für die Zinsen haftet, und solche auch nicht eher aufhöret, als bis die ganze Schuld bezahlet worden ist. Von Zinsen läßt sich aber keine Anwendung auf Alimente machen, da, wie wir bereits schon erwähnt haben, Alimente nicht als Zinsen des Brautschatzes angesehen werden können.

Bedenket man ferner, daß der Grund, warum Justinian den Ehefrauen wegen ihres Brautschatzes ein so großes Vorzugsrecht ertheilet hat, gar nicht hierher passe, so muß uns auch schon die Rechtsregel: *cessante ratione legis, cessat legis dispositio* lehren, daß jenes Verlangen der Ehefrau ganz widerrechtlich gewesen sey.

---

297. Meditation.

Ein Bürge verlieret die Einrede der Vorklage (*beneficium ordinis sive excussionis*), wenn er die Bürgschaft im Gericht vorsetzlich ableugnet, und solcher nachher überführt wird.

§. 1.

In den Gesetzen sind verschiedene Fälle angegeben, da der Beklagte durch vorsetzliches Ableugnen sich den Verlust seines Rechts und seiner Einreden zuziehet, und unter diese Fälle rechnen wir auch, daß ein Bürge durch vorsetzliches Ableugnen der Bürgschaft, die Wohlthat und Einrede der Vorklage (beneficium ordinis sive excussionis) verlieret.

Ein Bürge wurde, mit Vorbeygehung des Hauptschuldners, aus einer übernommenen Bürgschaft gerichtlich angesprochen, und von ihm die Bezahlung der Schuld verlangt. Der Bürge leugnete, sich für die eingeklagte Schuldforderung verbürgt zu haben, und forderte von Klägern Beweis darüber. Dieser konnte den Beweis nicht anders, als durch einen Zeugen führen, welcher bey der eingelegten Bürgschaft

zugegen gewesen war. Der Zeuge behauptete auch die von Beklagten übernommene Bürgschaft; weil dieses Zeugnis sich aber, aus gewissen Umständen, nicht zu einem halben Beweise qualificirte: so wurde dem Bürgen noch der Reinigungseid auferlegt. In dem zur Ausschwörung dieses Eides angesezten Termin, wollte der beklagte Bürge den Eid nicht schwören, sondern sezte dem Kläger die Einrede der Vorklage entgegen. Es fragte sich also: ob dem Bürgen diese Einrede jezt noch zustehe?

§. 2.

Der Bürge wollte dieses behaupten, und führte folgende Gründe für sich an. Erstens stehe jedem Bürgen der Regel nach die Wohlthat der Vorklage zu, und ihm um so mehr, da noch nicht ausgemacht, und auch nicht wahrscheinlich sey, daß der Hauptschuldner nicht mehr zahlbar seyn sollte. Zweitens habe er nicht mit Vorsatz die Bürgschaft abgeleugnet, sondern es sey ihm solche entfallen. Da nun die Gesetze überhaupt auf das Ableugnen der Bürgschaft nicht den Verlust der Einrede der Vorklage sezten, auch der Regel nach jedes Ableugnen der Klage nicht gleich den Verlust der Einreden nach sich ziehe a); so müsse ihm auch allerdings jene Rechtswohlthat jezt noch zustehen; und

a) L. 43. *pr. ff. de div. reg. iur. Nov.* 115. *cap.* 2. *Zahn* de mendaciis L. 2. c. 1. nr. 7. *Leyser* sp. 82. med. 5. sp. 512. med. 4.

und drittens sey diese Einrede noch nicht verspätet, weil es bey der ersten Klage erst auf die Frage angekommen wäre: ob die Bürgschaft würklich geleistet sey, oder nicht? mithin nunmehr diese Einrede erst entspringe, und angebracht werden könne, folglich nach der Einlassung noch zulässig sey b).

§. 3.

Hingegen kam aber folgendes in Betrachtung. Die Behauptung, daß der Regel nach dem Bürgen die Wohlthat der Vorklage zustehe, ist ganz richtig, er verlieret aber solche, wenn er vorsetzlich im Gericht die Bürgschaft ableugnet c). Zwar ist dies nicht bestimmt in den römischen Gesetzen verordnet, allein doch deutlich genug daraus herzuleiten, weil ausdrücklich dem Bürgen darin die Wohlthat der Theilung (beneficium divisionis), wegen seines Ableugnen der Bürgschaft genommen ist. Die *L.* 10. §. 1. *ff. de fideiussor.* sagt dies deutlich:

Ita demum inter fideiussores dividitur actio, si non inficientur: nam inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum.

Nun

b) *Brunnemann* Processſ. civil. Cap. 16. nr. 4. *Böhmer* Reſponſa Tom. 3. P. 2. R. 376. nr. 7.

c) *Carpzov* P. 2. conſt. 18. def. 6. nr. 1. *Mynſinger* Cent. 2. obſ. 15. nr. 7. *Coeler* de proceſſ. exec. P. 1. conſt. 10. nr. 349. *Stryk* Vſus

Nun ist es zwar Regel, daß bey Strafgesetzen keine ausdehnende Auslegung statt findet: allein, da unmöglich in den Gesetzen jeder einzelne Fall bestimmt seyn kann, und die *L. 10. ff. de fideiuss.* hier allerdings Anwendung findet, indem hierin ebenfalls von einer dem Bürgen zustehenden Wohlthat, nemlich der Theilung, die Rede ist, auf welchen Fall, wenn nemlich ein und derselbe Grund eintritt, dem Richter selbst die Ausdehnung des Gesetzes zustehet d); und dann sobald der Bürge den ganzen Grund der Klage, nemlich die Bürgschaft leugnet, auch natürlich die mit der Bürgschaft verbundenen Wohlthaten wegfallen müssen: so kann auch jene Regel hier keine Anwendung finden.

§. 4.

Daß ferner dem Bürgen die von ihm geleistete Bürgschaft entfallen seyn sollte, mithin das Ableugnen derselben nicht aus Vorsatz geschehn

Vsus moder. Lib. 46. tit. 1. §. 24. *Coccеii* Ius controv. Tit. de fideiusf. qu. 12. nr. 5. *Schmid* de fideiussore principaliter obligato.

d) *L. 12. ff. de legib. senatusque consult.* Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut Senatus consultis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia earum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, *ad similia procedere* atque ita ius dicere debet. *Wernher* in dissertationibus de poenis inficiat. Diss. 1. §. 14. Diss. 2. §. 8. *Berger* P. 2. suppl. 3. ad T. 16.

schehn sey, fiel dadurch weg, weil die Bürgschaft kaum vor einem Jahre übernommen war. Es konnte daher nicht vermuthet werden, daß der Bürge solche Bürgschaft schon sollte vergessen haben.

Endlich war auch diese Einrede der Vorklage schon verspätet, und konnte der Bürge damit nicht mehr gehöret werden, weil alle Einreden in dem ersten Termin bey der Kriegsbefestigung auf einmal vorgeschützt werden müssen, und zwar bey Strafe der Ausschließung, wie dieses der jüngste Reichsabschied von 1654 §. 37 und so weiter verordnet. Was der beklagte Bürge dagegen erinnerte, daß diese Einrede erst nach der Einlassung entstanden sey, war ohne Grund; denn es war des Bürgen eigene Schuld, daß er diese Einrede nicht gleich bey seiner Antwort auf die Klage vorschützte, und durch sein Leugnen solche verzögerte. Könnte dieses einem Beklagten zu statten kommen: so würde ihm genug der Weg geöfnet seyn, seine Einreden bis ans Ende der Klage zurück zu halten, und seinem Gegentheil die Sache weitläuftig zu machen.

Es wurde daher auch in gegenwärtiger Sache der Bürge mit seiner Einrede der Vorklage ab, und zur Bezahlung der Schuld, mit Vorbehalt seines Regresses gegen den Hauptschuldner, angewiesen.

§. 5.

§. 5.

Wir haben schon gleich zu Anfang gesagt, daß nur ein vorsetzliches Ableugnen der Bürgschaft den Verlust der Einrede der Vorklage nach sich ziehe. Dies bedarf wohl um so weniger eines Beweises, da nicht nur die angeführte *L.* 10. *ff. de fideiuss* von einem solchen Bürgen redet, der vorsetzlich die Bürgschaft leugnet, sondern auch in allen andern Fällen, die in den Gesetzen aufs Ableugnen gesezte Strafe nicht anders statt findet, als wenn solches aus Vorsatz geschehen ist. Es würde also die Strafe wegfallen, wenn das Ableugnen der Bürgschaft blos deswegen geschehen ist, weil der Bürge in Zweifel stand, ob er sich verbürget habe; oder wenn gleich nach geschehenen Ableugnen, ehe der Hauptschuldner den Beweis antritt, dem Bürgen sein Leugnen gereuet, und er die Bürgschaft eingesteht. In einem solchen Falle muß aber der Bürge dem Hauptschuldner alle Kosten erstatten, wie dies die Nov. 18. Kap. 8. verordnet, wo es so heißt:

> Omnes vero expensas, quae usque tunc factae sunt propter probationes, actori iureiurando eas definitus, exsolvere eum, *qui ab initio quidem negavit, postea autem confessus est*, iubemus.

---

298. Meditation.

Wenn Mann und Frau in Gemeinschaft der Güter leben, so kann erstrer ohne Einwilligung der leztern das gemeine Gut nicht gültig mit Schulden beschweren oder solches veräußern.

§. 1.

Es fließt schon aus der Natur und Eigenschaft der Gemeinschaft der Güter her, daß ein Ehegatte, ohne Mitwissen und Einwilligung des andern, über das gemeine Gut keine gültige Kontrakte schließen, darauf Schulden machen, oder davon etwas veräußern könne a). Denn ver-

a) Sequitur inde, quod coniuges, inter quos bonorum communio est, nihil vendere, donare, nec debitum commune remittere, super eo transigere, aliove quocunque modo obligare posse, citra utriusque consensum. *Gildemeister* de bonorum communione inter coniuges §. 22. *Horn* Conf. et Resp. Cl. 5. nr. 33. *Pestel* de successione inter coniuges cap. 1. §. 5. Lange von der Gemeinschaft der Güter unter deutschen Eheleuten 1766 Hauptst. 7. §. 4.

vermöge dieser Gemeinschaft erhalten beide Eheleute ein ungetheiltes Eigenthum an dem ganzen gemeinschaftlichen Vermögen b), in Ansehung dessen sie nur eine moralische Person vorstellen; folglich so wie dieses Eigenthum ungetheilet ist, so sind es auch die Rechte, welche beide an demselben haben. Daher kann denn auch keiner von den Ehegatten etwas ausschließlich als sein ansehen, auch sich nicht anmaßen, über einen Theil des gemeinschaftlichen Vermögens so wenig unter den Lebendigen als auf den Todesfall einseitige Verfügung zu treffen.

§. 2.

Hiemit stimmen auch die Statuten der Stadt Lippstadt völlig überein, als in welchen

b) Caeterum cum coniuges vi communionis bonorum universatis in adeo arctam communionem abeant, ut bona mariti cum uxore et huius cum illo communicentur, iisque ideo, coniunctim sumtis, unum dominium intuitu omnium bonorum indivisorum competat: coniuges coniunctim unam personam repraesentare censentur. Iura igitur, quae intuitu bonorum competant, aeque ac obligationes, quae ex bonis praestare possunt, inter utrumque coniugem communia sunt, seu uterque coniux ratione istorum iurium et obligationum unam personam repraesentant. *G. L. Böhmer* de iuribus et obligationibus coniug. superst. ex commun. bonor. univ. §. 12. *Ludewig* de success. coniugum et dissol. lib. diss. 2. lit. L. L.

chen es §. 2. so heißt. Es ist aber das Recht, über die in Gemeinschaft stehende Güter zu disponiren, dergestalt verfaßt, daß der Ehemann als das Haupt der Familie und vornehmster Socius berechtiget ist, sowol über die Güter selbst, als auch über die Nützung und über den Erwerb ohne Zuziehung der Ehefrauen unter den Lebendigen zu disponiren, jedoch mit der Einschränkung, daß die Verfügung blos ein zum Besten des Sammtvermögens abzielende freie Verwaltung zum Vorwurf haben, mithin kann der Ehemann solche Handlungen, die aus bloßer Freigebigkeit entspringen, als Schenkungen, und die zur Verringerung des gemeinschaftlichen Vermögens gereichen, ohne ausdrückliche Einwilligung seiner Ehefrau nicht auf eine rechtsgültige Art vornehmen c).

§. 3.

Diesem allen steht auch nicht entgegen, daß der Mann als Haupt der Familie und Verwalter

c) Die Statuten der Stadt Lippstadt findet man in Mollers special Geschichte von Lippstadt 2ter Jahrgang S. 145.

ter des gemeinen Guts, das Recht habe, über dasselbe einseitig zu disponiren; darauf nach den Umständen Schulden zu machen, und davon zu veräußern; noch daß er dazu von seiner Frau einen zu vermuthenden Auftrag für sich habe. Denn ist gleich der Mann das Haupt der Familie und Verwalter des gemeinschaftlichen Vermögens; so kann er doch vermöge des, seiner Ehefrau daran zustehenden Eigenthums, nicht ohne ihre Einwilligung darüber disponiren; und findet hier auch kein zu vermuthender Auftrag statt, weil, sobald die Rechte eines andern darunter leiden und aus dessen Handlungen keine stillschweigende Genehmigung hervorgeht, ein Auftrag nicht vermuthet werden kann.

§. 4.

Gesezt aber, die Frau weiß, daß ihr Ehemann auf das Gut Schulden macht, oder davon etwas veräußert, und sie schweigt hiezu stille und widerspricht diesem nicht: so muß man sowol, nach der bekannten Regel: daß man alsdenn jemandes Einwilligung vermuthet, wenn er zu einer Sache stilleschweigt, da er hätte reden können und sollen, als auch weil der Mann Verwalter des gemeinschaftlichen Guts ist, und ihm die Hausherrschaft und Regierung zusteht, annehmen, daß die Frau diese, mit ihrem Vorbewußt und ohne Widerspruch von ihrem Ehemanne ausgeübte Verwaltung, gut geheißen und genehmiget habe.

§. 5.

§. 5.

Was wir hier gesagt haben, versteht sich von dem Falle, wenn in den Landes- oder Stadtgesetzen, oder durch die Observanz nicht ein anders hergebracht ist.

So ist in dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten Th. 2. Tit. 1. §. 377. u. s. w. in Ansehung dieses Punkts folgendes festgesetzt. Es heißt daselbst

§. 377. Dem Ehemanne gebührt die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens.

§. 378. Doch kann er Grundstücke und Gerechtigkeiten nicht, ohne Einwilligung der Frau, verpfänden oder veräußern.

§. 379. Capitalien, die auf den Namen der Frau, ihres Erblassers oder Geschenkgebers, oder auf den Namen beyder Eheleute geschrieben sind, kann er ohne Bewilligung der Frau nicht aufkündigen oder einziehen.

§. 380. Außerdem gelten alle von dem Manne, in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens, auch einseitig getroffne Verfügungen: und dies Vermögen haftet für alle während der Ehe von ihm gemachten Schulden.

§. 381. Auch Schenkungen des Mannes aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, kann die Frau der Regel nach nur in so weit anfechten, als ihr, wenn sie die Schenkung selbst gemacht hätte, der Widerruf nach den Gesetzen verstattet seyn würde.

§. 382. In so fern aber der Mann durch Schenkungen, die aus bloßer Freigebigkeit herrühren, das gemeinschaftliche Vermögen, ohne Einwilligung der Frau, dergestalt erschöpft hätte, daß nach getrennter Ehe die Frau nicht so viel, als sie in die Gemeinschaft gebracht hat, zurück erhalten könnte: so ist die Frau berechtiget, dergleichen Schenkungen in so weit zu widerrufen, als es zur Ergänzung des fehlenden nothwendig ist.

§. 383. Einseitige Schenkungen des Mannes, welche die Frau nach vorstehenden Grundsätzen hätte widerrufen können, werden, wenn kein Widerruf erfolgt, bey der Auseinandersetzung unter den Eheleuten auf den Antheil des Mannes gerechnet.

§. 6.

Nach der **Fürstlich Lippischen Verordnung** vom 2. Merz 1786. die Gütergemeinschaft unter Eheleuten betreffend, steht hingegen nach dem 9ten §. dem Manne, als dem Haupte der Familie, vermöge der ihm als ehelichen Vormund gebührenden Administration des gemeinschaftlichen Vermögens, das Recht zu, für sich allein Kontrakte, die seine Frau und das Gemeingut verbinden, zu schließen; **allein**, wegen des gemeinschaftlichen Vermögens, vor Gericht Klage zu erheben und kann er auch allein deswegen belangt werden; ferner auch sogar **allein** auf das Gemeingut Schulden zu kontra-

trahiren, und selbst ohne Einwilligung seiner Frau bewegliches und unbewegliches Vermögen zu veräußern, wenn es das Bedürfniß oder der Nutzen der Familie erfordert. Es wird auch in allen diesen Fällen die stillschweigende Einwilligung der Frau so lange vermuthet, bis sie aus gegründeten Ursachen den Handlungen und Verträgen ihres Mannes gerichtlich widerspricht.

§. 7.

Diese gesetzliche Verordnung scheinet uns auch der Billigkeit gemäs zu seyn. Denn da dem Ehemanne doch die Verwaltung des gemeinschaftlichen Guts zusteht, der Ehefrau auch bey eintretender schlechter Güterverwaltung ihres Ehemannes nicht das Recht benommen ist, solcher zu widersprechen und bey der Obrigkeit Inhibition nachzusuchen, so würde es für jenen gar zu einschränkend seyn, wenn er bey jedem, das gemeine Gut betreffenden Geschäft, erst die Einwilligung seiner Frau beybringen sollte. Es ist jedoch in einer neuern Verordnung vom 22. May 1798, dem minderjährigen Ehemann bis zur Grosjährigkeit, alle Veräußerung und Verpfändung seines, oder des gemeinschaftlichen ehelichen Immobiliarvermögens, ohne vorherige Erlaubniß seiner Obrigkeit, bey Strafe der Nichtigkeit untersagt worden. — Dies Gesetz lautet also:

Nach dem §. 21. der Vormundschaftsordnung vom 1. Jul. 1777 soll die Vor-

mundschaft über Minderjährige bis zu ihrer Volljährigkeit fortdauern; es wäre denn, daß sie Veniam aetatis erhielten, oder die, weiblichen Geschlechts, sich mit majorennen Männern verheiratheten, und mit diesen in Gemeinschaft der Güter träten. Hingegen soll nach dem §. 9. der Verordnung vom 27. März 1786 wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, selbst der minderjährige Ehemann von der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens nicht ausgeschlossen seyn, wenn anders seine Verschwendung keine Einschränkung nöthig macht. In beyden Landesgesetzen ist sonach die Frage: Ob der Minderjährige die Rechte der Grosjährigkeit durch die Ehe erlange, und diese, die über ihn angeordnete Vormundschaft oder Kuratel endige? nicht auf gleiche Art entschieden. Zur Hebung aller daraus entstehen könnenden Ungewisheit und Zweifel erklären und verordnen Wir, nach vorheriger landtägiger Berathung hiemit: daß in diesem Punkte die Vormundschaftsverordnung abgeändert seyn, und der Verordnung über die eheliche Gütergemeinschaft allein nachgegangen werden, jedoch dem minderjährigen Ehemanne bis zur Grosjährigkeit, alle Veräußerung und Verpfändung seines, oder des gemeinschaftlichen ehelichen Immobiliarvermögens, ohne vorherige Erlaub-

laubniß seiner Obrigkeit, bey Strafe der Nichtigkeit, untersagt bleiben solle.

§. 8.

Wir fügen hier, weil die Lehre von der Gemeinschaft der Güter bekanntlich nicht durchgehends genau bestimmt ist, und oft auf ungewisser Observanz beruhet, die Fürstl. Lippische Verordnung wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten vom 27. März 1786 bey. Da diese Verordnung mit aller Bestimmtheit, Gründlichkeit und Deutlichkeit abgefaßt ist, und nicht so allgemein bekannt ist, wie sie es verdient, so hoffen wir, daß wir durch eine nähere Bekanntmachung unsern Lesern keinen unangenehmen Dienst erweisen.

§. 1.

Alle Eheleute leben in der Grafschaft Lippe in der Gemeinschaft der Güter.

Alle in dieser Grafschaft wohnende (domicilirte) Eheleute, die eine rechtmäßige Ehe mit einander eingegangen sind, leben ohne Unterschied des Standes und des Amts, in einer gesetzlichen allgemeinen Gemeinschaft der Güter, sie mögen nun die Ehe hier im Lande geschlossen, oder erst nach Vollziehung derselben sich in diese Grafschaft begeben haben, wenn nur der Ehemann darinn seinen ordentlichen bestimmten Wohnsitz genommen

 hat.

hat. Diese Gütergemeinschaft nimmt gleich nach Vollziehung der Trauung ihren Anfang, und ist dazu die Beschreitung des Ehebettes nicht erforderlich.

§. 2.

Davon ausgenommen sind jedoch die Ritterschaft und der adeliche Stand überhaupt.

Die Ritterschaft dieser Grafschaft ist jedoch von solcher ehelichen Gemeinschaft der Güter jederzeit eximiret gewesen, und bleibt es so ferner. Zwar war es bisher vielleicht einigermaßen zweifelhaft, ob hier unter der Ritterschaft nur die adelichen Besitzer Landtagsfähiger Güter zu verstehen, oder darunter alle von Adel begriffen waren. Weil indessen die Ehemänner adelichen Standes solche Güter, die ihrer Natur nach keine eheliche Gemeinschaft zulassen, schon auswärts besitzen, oder noch selbst in dieser Grafschaft erwerben, und also selten eine Ehe ohne Errichtung eines Ehevertrags eingehen können; so sollen von nun an überhaupt alle in dieser Grafschaft domiciliirte Eheleute adelichen Standes, wenn auch nur der Ehemann von Adel ist, von der gesetzlichen ehelichen Communion ausgenommen seyn. Jedoch stehet ihnen frey, sie bey Schließung der Ehe durch einen Vertrag unter sich einzuführen.

§. 3.

§. 3.

Sodann diejenigen Eheleute, die die Gütergemeinschaft durch publicirte Verträge ausschließen.

So gewiß sich sonst alle übrige Eheleute, sowohl die, welche die Ehe in dieser Grafschaft vollziehen, als diejenigen, welche erst nach schon vollzogener Ehe darin ihren Wohnsitz erwählen, sich der gesetzlichen Gemeinschaft der Güter stillschweigend unterwerfen: so ist dennoch sowohl jenen als diesen unverwehrt, solche durch Eheverträge auszuschließen, oder einzuschränken. Nur müssen die erstern, nach Vorschrift der Landesherrlichen Verordnung vom 9ten December 1752 noch vor Vollziehung der Ehe, die leztern hingegen innerhalb 6 Wochen von der Zeit an, daß sie in diese Grafschaft ziehen, dergleichen Eheverträge der Obrigkeit, oder dem Obergericht, deren, oder dessen Jurisdiction der Ehemann unmittelbar unterworfen ist, insinuiren und darüber gerichtliche Confirmation oder ein Attestat der geschehenen Insinuation bewürken.

Damit auch das Publikum zu seiner Nachachtung von solchen Eheverträgen desto gewisser Notiz erhält; soll zugleich die Obrigkeit des Orts oder das Obergericht, der oder dem sie insinuiret worden, in jedem Falle auf Kosten der Kontrahenten den Lippischen Intelligenzblättern ein Avertissement des Inhalts einrücken lassen.

N. und N. haben durch einen an dem und dem dato errichteten und gerichtlich insinuirten Ehevertrag die Gemeinschaft der Güter ganz ausgeschlossen, oder auf die und die Art eingeschränkt.

In Ermangelung eines dieser Erfordernisse soll aber ein solcher Ehevertrag für nichtig und ungültig gehalten, und darauf in judicando keine Rücksicht genommen werden.

§. 4.

Nicht aber die Bauren, in so fern die Communion auf ihre Güter Anwendung hat.

Zwar kann die eheliche Gemeinschaft der Güter ihre Wirkungen nur selten bey den Bauersleuten äußern; weil sie gemeiniglich außer ihren Colonaten und den dazu gehörenden Haus-Hof-Vieh-und Feldinventarien, kein theilbares Vermögen nach Abzug der Schulden besitzen, das Eigenthum ihrer Güter und die Erbfolge in solche sehr eingeschränkt, und diese, so wie die Aussteuer der Kinder davon, durch besondere Gesetze und Observanzen bestimmt ist. Allein unter den sich hieraus ergebenden Einschränkungen ist und bleibt doch solche Gemeinschaft auch bey ihnen auf dem ganzen platten Lande eingeführet. So schließt, zum Beispiel, vermöge dieser Gemeinschaft, die an einen Meyer sich verheyrathende Ehefrau, wenn ihr Mann ohne Kinder stirbt, dessen Anverwandte aus, behält das Colonat,

und

und verheyrathet sich wieder darauf. So kann die Ehefrau, wann der Meyer abgeäußert, oder dessen Colonat Schulden halber verkauft wird, wegen der Gütergemeinschaft keine Restitution ihres Eingebrachten fordern. Und so hat auch aus eben dem Grunde, wenn der längstlebende Ehegatte zur zweyten Ehe schreitet, die Theilung der, nach Abzug der Schulden etwa vorhandener acquisitorum und activorum zwischen ihm und seinen Vorkindern statt, dafern die acquisita noch nicht durch darüber ergangenen oder bezahlten Sterbefall Zubehörungen des Hofes geworden sind.

Außer der vorgedachten Erbfolge des längstlebenden Ehegatten erstrecket sich aber die Gütergemeinschaft bey den Bauren blos auf die Errungenschaft; auf das Vermögen, was durch die Aufkünfte des Hofes, dessen Pertinenzien und der dazu gehörigen Inventarien gewonnen, oder sonst aliunde erworben ist.

Hieraus ergiebt sich nun von selbst, daß alles, was im folgenden wegen der ehelichen Gütergemeinschaft verordnet wird, auf die Bauersleute nur in so weit Anwendung hat, als es mit der Natur ihrer Güter und dem Colonatrecht bestehen kann. Und deswegen unterbleibt auch in Ansehung ihrer die vorhin verordnete Publikation der Ehepacten; es möchte dann in besondern Fällen, zumal bey großen Meyerhöfen, daran dem Publikum gelegen

legen seyn, als welches der pflichtmäßigen Beurtheilung der Beamten überlassen wird.

§. 5.

Und eben so wenig die Schutz-Juden.

Hingegen sollen die jüdischen Eheleute ohne Ausnahme, sie mögen gemeinschaftlichen Handel treiben oder nicht, der ehelichen Gütergemeinschaft unterworfen seyn. Jedoch stehet auch ihnen frey, solche durch Eheverträge nach Vorschrift des §. 3. ganz auszuschließen oder einzuschränken.

§. 6.

Was alles für Gut in die Gemeinschaft kommt.

In mehrgedachte allgemeine Gütergemeinschaft kommt alles sowol gegenwärtiges als zukünftiges Gut beyder Eheleute ohne Unterschied; also nicht allein dasjenige, was jeder schon vor der Ehe besessen und erworben hat, sondern auch dasjenige, was jeder in stehender Ehe rechtmäßig, selbst nur durch bloßes Glück erwirbt, ererbt, oder geschenkt erhält, bewegliches und unbewegliches, in und außerhalb dieser Grafschaft belegenes Gut, Rechte und Gerechtigkeiten. Auch erstrecket sich diese Gemeinschaft nicht blos auf Sachen und Vermögen, sondern selbst auf facta und Verträge, woraus noch ein Nutzen zu hoffen ist, der, sobald er würklich erfolgt, ebenfalls gemein wird.

§. 7.

§. 7.

Was für Gut davon ausgenommen ist.

Davon ausgenommen sind aber:

1) Lehen-Stamm- und Familien-Fideicommiß- und überhaupt solche Güter, worüber die Eheleute keine freye Disposition haben; es wären dann solche Erblehne, die auf alle Erben und also auch auf die, welche nicht zur Familie gehören, fallen können.

Jedoch fließen die von dergleichen Gütern während der Ehe, oder auch vorher gewonnenen Früchte und Nutzungen, wie auch die darauf verwandten Verbesserungskosten, in so fern diese der Nachfolger vergüten muß, mit in die Gemeinschaft. Auch muß, wenn etwa Lehngüter während der Ehe mit gemeinschaftlichem Vermögen angekauft, oder durch Vertauschung eines Gemeinguts erworben sind, dafür die Gemeinschaft zu seiner Zeit, durch Vergütung des Kaufschillings im ersten Fall, und im lezten durch Vergütung des durch Taxation auszumittelnden Werths, schadlos gehalten werden.

2) Dasjenige, was einem der Eheleute unter der ausdrücklichen Bedingung, daß es nicht in die Gemeinschaft kommen solle, geschenkt oder vermacht wird.

3) Obgleich die Schenkungen der Eheleute unter einander nicht mit der allgemeinen Gemeinschaft der Güter bestehen können: so machen

chen doch Hochzeits- und andere kleine Geschenke, die sich Eheleute zur Bezeugung ihrer Liebe einander geben, davon billig eine Ausnahme. Nur können sie den Kreditoren nicht zum Präjudiz gereichen, auch fallen sie nach dem Tode des Ehegatten, dem sie geschenkt worden, wenn und wie sie dann noch vorhanden sind, in das gemeinschaftliche Vermögen zurück.

4) Die Eheleute haben in dem Vermögen ihrer noch lebenden Eltern keine Gemeinschaft. Jedoch kann der Mann den seiner Frau von ihren Eltern versprochenen Brautschatz einfordern. Sobald aber die Eltern sterben, und deren Verlassenschaft auf den einen der Ehegatten ganz oder zum Theil vererbet, sobald erlangt auch der andere Gatte das Miteigenthum an dieser Erbschaft.

§. 8.

Kein Ehegatte kann ohne Beystimmung des andern über das Gemeingut nach Willkühr disponiren.

So viel nun die Würkungen der Gütergemeinschaft in stehender Ehe betrift; so erhalten beyde Eheleute dadurch ein gemeinschaftliches ungetheiltes Eigenthum über die ganze Vermögens-Substanz. Keiner von beyden kann daher, ohne Einwilligung des andern, davon willkührlich veräußern oder verschenken, noch weniger darüber, nicht einmal zur Hälfte,

wär-

wär' es gleich zum Besten der Armen und frommen Stiftungen, Todes halber disponiren, sondern dies kann nur durch ein unter ihnen wechselseitig errichtetes Testament geschehen.

§. 9.

Dem Mann stehet jedoch die Administration des Gemeinguts zu.

Das beyden Eheleuten an dem Gemeingut zustehende gleiche Recht ist aber dadurch einigermaßen eingeschränkt, daß dem Manne, als dem Haupt der Familie, und vermöge der ihm zukommenden ehelichen Vormundschaft, vornemlich die Administration des gemeinschaftlichen Vermögens gebühret; die er jedoch dergestalt, daß dadurch das gemeine Beste der Ehe erhalten und befördert wird, zu führen verbunden ist. Von dieser Verwaltung ist selbst der minderjährige Mann, weil dieser durch die Ehe die Rechte der Grosjährigkeit erlangt, nicht ausgeschlossen; es wäre dann, daß ihm wegen seiner Verschwendung Schranken gesetzt werden müßten.

Vermöge solcher Administration kann also der Mann für sich allein Kontrakte, die seine Frau und das Gemeingut verbinden, schließen, allein wegen des gemeinschaftlichen Vermögens vor Gericht Klage erheben, und auch allein deswegen gerichtlich belangt werden, ja sogar allein auf das Gemeingut Schulden kontra-

rahiren, und selbst ohne Einwilligung seiner Frau bewegliches und unbewegliches Vermögen veräußern, wenn es das Bedürfniß oder der Nutzen der Familie erfordert. Es wird auch in allen diesen Fällen die stillschweigende Einwilligung der Frau so lange vermuthet, bis sie aus gegründeten Ursachen den Handlungen und Verträgen ihres Mannes gerichtlich widerspricht und bey der Obrigkeit Inhibition auswürkt. Hiermit stimmt auch die bisherige Observanz in hiesiger Grafschaft, so wie die der benachbarten Länder, worin eheliche Gütergemeinschaft gilt, mehrentheils überein; wobey es daher noch zur Zeit in der Erwartung verbleibet, daß kein Ehemann dieses Vorrecht zum Unglück seiner Familie mißbrauchen werde.

§. 10.

Wenn der Ehemann das Vorrecht der Administration verlieret.

Im Fall jedoch der Mann nichts desto weniger das gemeinschaftliche Vermögen auf eine von der Frau sonst nicht zu hindernde Art muthwillig verschwendet, oder wegen Blödsinns nicht zu verwalten vermag: soll er nicht allein auf Anzeige der Frau und gehörige Bescheinigung von Gerichtswegen der Administration verlustig erkläret, und ihm diese inhibiret; sondern auch der Frau die ihm sonst zustehende Verwaltung des Vermögens übertra-

tragen, und solches zur Warnung des Publikums in den Lippischen und nach Befinden auch in auswärtigen Intelligenzblättern bekannt gemacht werden.

§. 11.

Wie fern die Frau, ohne ausdrückliche Einwilligung des Mannes, gültige Kontrakte schließen und rechtsbeständig veräußern kann.

Obgleich hingegen sonst die Frau nach der Regel nichts vom Gemeingut ohne Konsens des Mannes veräußern, auch ohne dessen Vorwissen keinen gültigen Kontrakt schließen, sondern der Mann das von ihr Veräußerte wieder vindiciren, und den von ihr eingegangenen Kontrakt durch seinen Dissensum annulliren, auch das darauf bezahlte als ein Indebitum zurückfordern kann; so leidet dies doch in folgenden Fällen Ausnahme:

1) Da jederzeit vermuthet wird, daß der Mann ihr die Besorgung des innern Hauswesens überlassen habe: so kann sie, auch ohne dessen ausdrückliche Einwilligung, die zur Führung dieser ihr anvertrauten Oekonomie nöthigen Kontrakte gültig schließen, und zu deren Behuf bewegliches Vermögen veräußern, also weibliches Gesinde miethen, Hausgeräthe, Kleidungsstücke, und was zum Essen und Trinken erforderlich ist, anschaffen, dagegen das in der Haushaltung Ueberflüssige oder Entbehrliche verkaufen, und überhaupt in derglei-

chen häuslichen und wirthschaftlichen Angelegenheiten kontrahiren, die sich nicht allgemein, sondern nur nach Beschaffenheit jeder Familie und ihrer Haushaltung bestimmen lassen. Der Mann wird daher in Domesticis et Oeconomicis so lange durch die Kontrakte und Handlungen seiner Frau verbunden: so lange er sie nicht von Führung des Hauswesens aus erheblichen Ursachen dispensiret, und nicht davon, daß er darin durch sie nicht weiter verbunden seyn wolle, das Publikum gehörig avertiret.

2) Wenn die Frau, mit Wissen und Willen des Mannes, öffentlichen Handel, oder gar Kaufmannschaft, für sich allein oder mit und nebst ihm treibet: so wird er durch ihre Kontrakte in allen den Handel betreffenden Geschäften verbunden. Desgleichen

3) Wenn sie einen offenbar vortheilhaften Kontrakt eingegangen ist, und das Gemeingut dadurch bereichert hat.

4) Wenn sie bey langer Abwesenheit ihres Mannes, aus Noth, ihres Unterhalts halber, oder weil es offenbar das Beste der Familie erforderte, zur Schließung eines Kontrakts gezwungen worden ist;

5) Wenn die Wohlfahrt des Gemeinen Wesens dadurch befördert wird, und der Mann aus verwerflichen Eigensinn das so nicht wollte, oder wegen Abwesenheit nicht könnte;

6) Der Mann ex post ihren einseitigen Kontrakt genehmigt; oder endlich

7) Er ihr freywillig die ihm zustehende Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens übertragen hat.

§. 12.

Von der Verbindlichkeit der Eheleute zur Bezahlung der auf dem Gemeingut haftenden Schulden.

Eine oft traurige, aber zur Erhaltung des öffentlichen Kredits nothwendige Würkung der allgemeinen Gütergemeinschaft ist die, daß beyde Eheleute zur Bezahlung der auf ihrem beyderseitigen Vermögen haftenden Schulden gleiche Verbindlichkeit haben; sie mögen von einem oder dem andern, oder gemeinschaftlich, sowohl vor als während der Ehe contrahiret seyn. Nur hat dies künftig, in Ansehung der nach Publikation dieser Verordnung in stehender Ehe von der Frau gemachten Schulden, die sich aus den §. 11. ergebenden Einschränkungen, indem darnach die Schulden der Frau in ihrem Würkungskreis kontrahiret seyn müssen, wenn das Gemeingut dafür haften soll.

§. 13.

Ob dagegen Restitutio in integrum ex capite Minorennitatis vel Doli statt habe.

Wenn sich auch gleich bald nach geschlossener Ehe entdecken sollte, daß der eine Ehegatte schon vorher so viel Schulden gehabt habe, daß sein in die Gemeinschaft eingebrachtes Vermögen zu deren Bezahlung nicht hinreiche: so soll demungeachtet der andere Ehegatte, es sey Frau oder Mann, keine Befugniß haben, in diesem Fall wegen Minderjährigkeit, oder wegen Betrugs, weil er nehmlich von jenem, durch betrügliche Verschweigung seiner Schulden, oder durch falsche Angabe seines Reichthums zur Eingehung der Gütergemeinschaft verleitet sey, gegen diese Einsetzung in den vorigen Stand nachzusuchen, und sein Eingebrachtes zurückfordern, es wäre dann, daß die Ehe selbst Betrugs halber durch ein richterliches Erkenntniß aufgehoben würde. So hart dies scheinet, ist es doch zur Verhinderung vieler langwierigen Prozesse nothwendig, weil mancher gewissenlos genug ist, sich, um eine vortheilhafte Heyrath zu treffen, für Schuldenfrey, oder gar für reich auszugeben. Nicht zu gedenken, daß es auch mehrentheils die Schuld des andern Ehegatten, oder seiner Eltern, Vormünder und Anverwandten ist, daß sie sich nicht besser vorgesehen, und nicht lieber, bey Ermangelung völliger

Ge-

Gewißheit, die Gemeinschaft durch Ehevertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt haben.

§. 14.

Wie fern Geldstrafen des einen Ehegatten aus der Gemeinschaft zu bezahlen sind.

Auch die von einem Ehegatten wegen eines Verbrechens oder Vergehens verwürkte Geldstrafen, und deshalb ihm auferlegten Gerichtskosten und Entschädigungsgelder, müssen aus dem gemeinschaftlichen Vermögen bezahlt werden. Dafern indessen solche Geldstrafen und Kosten die Hälfte dieses Vermögens übersteigen, oder es gar erschöpfen: so soll dem unschuldigen Theil, damit er nicht unverdienter Weise ganz um das Seinige komme, gegen den Fiscum, ohne Nachtheil des zu Entschädigenden und der übrigen Kreditoren, die Rechtswohlthat zustehen, auf die Trennung der Gemeinschaft, also auf die Theilung des Vermögens zu provociren, und auf die Art seine Hälfte zu retten: worüber er alsdann die alleinige Administration und Disposition erhält.

§. 15.

Von den Wirkungen der Gütergemeinschaft nach dem Absterben des einen Ehegatten und zwar:

1. In Kinderloser Ehe.

Wenn der eine der Ehegatten in Kinderloser Ehe oder, nachdem die darin erzeugten

Kinder vor ihm gestorben sind, mit Tode abgehet: so höret die Gemeinschaft auf, und fällt das alleinige Eigenthum aller bisher gemeinschaftlichen Güter, mit völliger Ausschließung der Verwandten des Verstorbenen, sowohl in aufsteigender als in der Collaterallinie, auch in Ansehung der nicht mehr gebräuchlichen Heergewetten und Geraden, auf den Ueberlebenden. Diese Ausschließung erstrecket sich jedoch blos auf das gegenwärtige Gemeingut, also nicht auf Erbschaften, die der verstorbene Ehegatte erst noch zu hoffen hatte, sondern diese fallen hiernächst seinen Verwandten zu.

Der Längstlebende muß aber auch dagegen die Schulden des Verstorbenen aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, so wie es während der Ehe nach Vorschrift des §. 12. geschehen muß, bezahlen.

Uebersteigen jedoch diese Schulden das Vermögen: so soll der hinterbliebenen Wittwe, dafern sie nicht mit durch ihre Schuld gemacht, und nicht von ihr konsentirt sind, das *flebile Beneficium cessionis omnium bonorum* dergestalt zustehen, daß, wenn sie innerhalb 6 Wochen nach der Beerdigung des Mannes das sämmtliche gemeinschaftliche Vermögen, vermittelst eines getreuen eidlich zu bestärkenden Güterverzeichnisses, nach Abzug der Beerdigungskosten, den Kreditoren gerichtlich cediret, dieselbe von Bezahlung der davon nicht berichtigt werden könnenden Schulden befreyet bleibt, wenn sie

gleich

gleich zu bessern Glücksumständen, durch Erbschaft, neue Aussteuer, Geschenke und Erwerb, einst wieder gelangen sollte. Sie wird aber dieser Rechtswohlthat verlustig, sobald sich entdeckt, daß sie zum Betrug der Kreditoren etwas vom gemeinschaftlichen Vermögen verschwiegen und zurückbehalten hat. Der überlebende Mann, dessen eigne Schuld es ist, daß er der Verschwendung seiner Frau nicht besser gewehrt hat, und der, wenn seine Frau erweislich, ohne sein Wissen, Schulden gemacht hat, nach der Verordnung des §. 11. dagegen verfahren kann, soll hingegen solche Rechtswohlthat nicht zu genießen haben; es wäre denn, daß ihm sonst schon nach gemeinen und Landesrechten das Beneficium cessionis bonorum zustünde.

§. 16.

2. Wann aus der Ehe Kinder vorhanden.

Sind hingegen aus der durch den Tod des einen Gatten getrennten Ehe Kinder vorhanden: so setzt der zurückgebliebene Ehegenosse, so lange er nicht zur zweyten Ehe schreitet, die Gemeinschaft der Güter mit diesen Kindern fort, auf die alsdann das dem Verstorbenen am Gemeinschaftgut zugestandene ungetheilte Miteigenthum fällt, und die mithin an dessen Stelle treten. Dies erstreckt sich auch auf die Enkel, indem diese gleichfalls in den Platz ih-

rer verstorbenen Eltern treten, in so fern letztere aus dem Gemeingut noch nicht abgefunden sind.

§. 17.

Von den Rechten und Verbindlichkeiten des Ueberlebenden in dieser prorogirten Gemeinschaft.

Dem längstlebenden Ehegatten, also auch der Wittwe, der aber, wenn sie noch minderjährig ist, ein Kurator beyzugeben ist, gebühret jedoch, kraft der ihr zustehenden elterlichen Gewalt, die alleinige Disposition über das gemeinschaftliche Vermögen, dessen Verwaltung und Nutzung, und ist deshalb zu keiner Inventariums-Errichtung, Rechnungsablage, und Sicherheitsleistung schuldig. Jene Disposition, Verwaltung und Nutznießung ist aber an die Gesetze einer guten, dem gemeinen Besten der Familie gemäß eingerichteten Wirthschaft gebunden. Er kann also nur in so weit frey darüber disponiren, und davon veräußern, als es zur Führung eines anständigen und sittsamen Lebens, zur Unterhaltung, Erziehung und Aussteuer der Kinder, zur Bezahlung der auf dem Gemeingut haftenden Schulden, erforderlich ist, oder es zum offenbaren Nutzen der Gemeinschaft gereichet. Hingegen ist ihm alle der Gemeinschaft schädliche, auf Verschwendung hinauslaufende Disposition und Veräußerung untersagt. Geschieht dies aber demungeachtet; und es wird darüber

eine

eine gegründete Beschwerde von den Kindern oder deren Blutsverwandten angebracht: so ist es der Obrigkeit Pflicht, auf solche Veranlassung oder von Amtswegen nach vorheriger Untersuchung der bösen Wirthschaft, auch außer dem Fall der im §. 22. alsdann zugelassenen Schichtung, einer solchen unerlaubten, zum beträchtlichen Nachtheil der Kinder gereichenden, verschwenderischen Veräußerung zeitig Einhalt zu thun, und die gebührenden Schranken zu setzen. Auch soll die noch minderjährige Wittwe ohne Konsens ihres Kurators, und, wenn es unbewegliche Güter betrift, ohne das erforderliche Decretum de Alienando, nicht gültig veräußern können. Uebrigens soll in dieser prorogirten Gütergemeinschaft, im Fall einer von dem verstorbenen Mann Contrahirten, das Gemeingut übersteigenden Schuldenlast, der Wittwe mit ihren Kindern eben das Beneficium zustehen, was in §. 15. in Kinderloser Ehe verstattet ist.

§. 18.

Von den Rechten der mit dem Längstlebenden die Gemeinschaft fortsetzenden Kinder am Gemeingut.

Der längstlebende Ehegatte ist zwar verbunden, die Kinder aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, nach Beschaffenheit dieses und ihres Standes, zu unterhalten, zu erziehen und ihnen daraus die zur Erlernung einer Wis-

Wissenschaft, einer Kunst oder eines Handwerks erforderlichen Kosten zu reichen, und wenn er es hierin an seiner Schuldigkeit fehlen läßt, kann er nicht allein daran von den nächsten Anverwandten der Kinder erinnert werden, sondern ist auch dazu von Obrigkeitswegen anzuhalten. Hingegen sind die Kinder, wenn sie auch gleich sich verheyrathen, oder eigene Haushaltung anfangen, nicht befugt, einen Pflichttheil aus dem gemeinschaftlichen Vermögen oder gar dessen Theilung zu fordern; sondern die Längstlebenden, Vater oder Mutter, sind in diesem Fall zu weiter nichts gehalten, als ihnen einen Standes- und Verhältnißmäßigen Brautschatz oder Aussteuer mitzugeben: die bey entstehendem Widerspruch von Obrigkeitswegen nach Beschaffenheit des Vermögens und der Zahl der Kinder zu bestimmen sind.

So wenig übrigens die Kinder den Längstlebenden, so lange er sich nicht wieder verheyrathet, oder das Vermögen nicht verschwendet, zur Theilung zwingen können, so wenig wird auch dieser und das Gemeingut durch ihre Kontrakte und Facta verbunden, es wäre dann, daß die Kinder mit Genehmigung oder ex Mandato der Eltern kontrahiret hätten. Wenn also gleich die Kinder Schulden machen, können ihre Gläubiger nicht auf deren Bezahlung aus dem Gemeingut, oder zu dem

Ende

Ende auf dessen Theilung wider den långstlebenden Vater oder Mutter klagen. Nur können sie verlangen, daß ihnen die Kinder zur Sicherheit ihrer Schuld eine Hypothek auf ihr an dem Gemeingut künftig habendes Recht, jedoch der dem überlebenden Ehegatten darüber zustehenden Disposition unbeschadet, konstituiren.

Endlich können die Kinder auch nicht, so lange der übriggebliebene Ehegatte lebt, oder keine Theilung geschehen ist, über das ihnen an der Gemeinschaft zustehende Erbrecht Todes halber disponiren, sondern wenn sie vor dem würklichen Anfall ihres Erbtheils sterben; so fällt solches auf ihre eigne Kinder, die Enkel des långstlebenden Ehegatten, oder in deren Ermangelung der prorogirten Gemeinschaft zu.

§. 19.

Wie fern das während dieser Kommunion sowohl von dem Långstlebenden, als von den Kindern acquirirte Vermögen gemein wird.

Alles, was der långstlebende Ehegatte noch während dieser prorogirten Communion, sowol mit gemeinschaftlichem Vermögen erwirbt, als auch von andern erbet, geschenkt oder vermacht oder durch Glück erhält, kommt ohne Un-

Unterschied in die Gemeinschaft; es wäre ihm dann mit der ausdrücklichen Bedingung, daß es davon ausgenommen seyn sollte, vermacht oder geschenkt worden. Und eben so alles, was die Kinder mit gemeinschaftlichem Vermögen acquiriren, oder was vermittelst ihres verstorbenen Vaters oder ihrer verstorbenen Mutter, in deren Stelle sie getreten sind, auf sie von Ascendenten, als Großvater und Großmutter, oder von Seitenverwandten, durch natürliches Erbgangsrecht devolviret und vererbt wird.

Alles Vermögen hingegen, was die Kinder aliunde erwerben, und was sie von ihres verstorbenen Vaters oder der Mutter Anverwandten, also auch von ihrem Großvater und der Großmutter, oder von Fremden geschenkt oder durch letzten Willen vermacht erhalten, wird von ihnen in die Gemeinschaft nicht Conferirt: weil diese nur das gegenwärtige und künftige Gut beyder Eheleute in sich begreift, und sich nicht auf das eigenthümliche Vermögen der Kinder erstreckt. Indessen verbleibet auch hiervon, es wäre dann von dem, der geschenkt oder vermacht hat, ein anderes bestimmt, dem längstlebenden Ehegatten der Nießbrauch gegen die Last der Unterhaltung und Erziehung, bis die Kinder großjährig werden, sich verheyrathen, oder separate Oekonomie anstellen.

§. 20.

§. 20.

Wie fern der längstlebende Ehegatte über das Gemeingut unter den Lebendigen oder Todes halber disponiren kann.

Da den Kindern ein ungetheiltes Miteigenthum an dem ganzen gemeinschaftlichen Vermögen zustehet, und der längstlebende Ehegatte darüber nach Willkühr zu disponiren nicht vermag: so kann auch dieser überall keine ungleiche Theilung von einiger Erheblichkeit unter den Kindern, ohne ihre Einwilligung, weder durch Disposition unter den Lebendigen noch durch letzten Willen machen. Es stehet ihm aber allemal frey, mit seinen Kindern gehörig zu schichten, und denn über seine Hälfte zum Vortheil seiner wohlgerathenen Kinder oder auch Fremder zu disponiren und die ungerathenen ganz davon auszuschließen.

§. 21.

Von der Theilung wegen Verschwendung des Längstlebenden.

Obgleich übrigens die Kinder durch die vom überlebenden Ehegatten gemachten Schulden in Ansehung des gemeinschaftlichen Guts mit verbunden werden: so können jedoch, wenn dieser schlecht haushält, das Gemeingut mit unnöthigen Schulden beschweret und verschwendet, wie auch schon im §. 27. der Vormundsschaftsordnung vorgeschrieben ist, die Kin-

Kinder, deren Blutsverwandte, oder auch die Obrigkeit von Amtswegen, eine ordnungsmäßige Schichtung veranlassen und verordnen. Auch muß letztere in diesem Fall, bis solche geschehen ist, ihm alles weitere Veräußern und Schulden machen inhibiren.

Zu dieser Schichtung soll der Verschwender oder die Verschwenderin der Regel nach schuldig seyn, wenn sie die Hälfte des zur Zeit des Todes des zuerst verstorbenen Ehegatten da gewesenen elterlichen Vermögens veräußert oder mit Schulden beschweret haben; sie könnten dann gehörig nachweisen, daß solches zur Bezahlung schon vorhandener Schulden, zur Ernährung und Erziehung der Kinder, zum eigenen nothdürftigen Unterhalt, oder wegen Unglücksfälle nothwendig gewesen sey.

Zur ordnungsmäßigen Vollziehung solcher Schichtung ist erforderlich, daß vorher den minderjährigen Kindern Vormünder bestellet werden, und daß der verschwenderische Ehegatte vom Vermögen, wie es zur Zeit des Ablebens des zuerst Verstorbenen da gewesen ist, ein eidlich zu bestärkendes Verzeichniß, und eben ein solches von dem noch jetzt daseyenden Vermögen herausgebe, oder auch über dies letztere, wenn das so sicherer und besser seyn sollte, ein ordentliches Inventarium verfertiget werde. Von dem darnach noch würklich vorhandenen Gemeingut sind dann zwar, vor der gerichtlich zu vollziehenden oder doch von Obrigkeits-

keitswegen zu bestätigenden Theilung, alle darauf haftenden Schulden abzuziehen, und erhalten demnächst die Kinder nur die Hälfte des alsdann noch übrigbleibenden Vermögens. Der schlechte Haushälter soll sich jedoch an seiner Hälfte dasjenige kürzen lassen, was er unerlaubt herdurchgebracht, und unnöthig an Schulden Contrahiret hat.

§. 22.

Von der Schichtung bey der Wiederverheyrathung des Längstlebenden.

So oft auch der längstlebende Ehegatte zur zweyten Heyrath schreitet, höret diese prorogirte Gemeinschaft auf, und ist jener, nach Vorschrift der Pupillenordnung, noch vor Vollziehung der zweyten Ehe, das zu dieser Zeit noch vorhandene sämmtliche gemeinschaftliche Vermögen mit den Kindern erster Ehe gleich zu theilen schuldig, es wäre dann, daß, ohne Nachtheil dieser, Einkindschaft errichtet werden könnte. Und zwar macht die zweyte Heyrath des Ueberlebenden diese Theilung dergestalt nothwendig, daß nicht einmal der Vater der Kinder in seinem letzten Willen dieselbe der Mutter auf solchen Fall erlassen kann.

Ingleichen kann der Wiederheyrathende sich von der ordentlichen Theilung nicht dadurch frey machen, daß er durch einen so genannten elterlichen Ausspruch den Kindern ein Gewisses an Gelde bestimmt, und dafür Si-

cherheit leistet, es sey dann, daß dieses offenbar das für die Kinder zu hoffende Divisions-Quantum übersteige.

Auch ist die Mutter eines unehligen Kindes mit diesem, wenn sie sich mit einem andern als dem Vater des Kindes verheyrathen will, zu schichten verbunden.

Damit nun die Schichtung ordnungsmäßig vollzogen werde, muß auch hier zuvor Bevormundung der minderjährigen Kinder geschehen, und der zur zweyten Ehe schreitende ein gesetzlich errichtetes Inventarium oder ein dergestalt getreues Verzeichniß des sämmtlichen noch daseyenden Vermögens herausgeben, daß er dessen Richtigkeit, wenn es die Kinder oder die Vormünder verlangen, oder es von der Obrigkeit erfordert wird, eidlich bestärken kann. —

Die Schichtung selbst braucht zwar nicht gerichtlich zu geschehen, sondern es können solche die großjährigen Kinder und die Vormünder der minderjährigen mit jenen unter sich vollziehen. Der Theilungsreceß, mit dem zu dessen Beurtheilung erforderlichen Inventarium oder Verzeichniß, muß aber allemal bey der competenten Obrigkeit zur gerichtlichen Bestätigung oder Obervormundschaftlichen Genehmigung eingereichet werden. —

Von der zur Theilung kommenden Gütermasse werden zwar zuvor die Gemeinschaftsschulden abgezogen. Der wiederheyrathende Ehe-

Ehegatte muß sich jedoch auch hier an seiner Hälfte dasjenige kürzen lassen, was er verschwenderisch veräußert, und eben so oder durch sein eigenes Vergehen an Schulden Contrahiret hat. —

Was hingegen das eine oder das andere der Kinder schon vorhin aus der Gemeinschaft erhalten hat, und den gemeinen Rechten gemäß konferiren muß, das wird bey dieser Theilung, damit der wiederheyrathende Vater oder die Mutter, wie es so seyn muß, die Halbschied des Gemeinguts nach der Summe, die es vor jener Verminderung betrug, erhalte, dem jetzt noch daseyenden Gemeingut wieder zugerechnet, so z. B. daß, hätte es beym Entstehen der Gemeinschaft 12000 Rthl. betragen, und ein Kind zur Aussteuer davon 1000 Rthl. erhalten, diese 1000 Rthl. dem vorhin damit auf 11000 Rthl. geminderten jetzigen Gemeingut addiret werden, und so die Halbschied des längstlebenden Ehegatten, als wäre mehrgedachte Verminderung nicht geschehen, auf 6000 Rthl. und die der Kinder auch auf so viel bestimmet wird. Dahingegen muß aber auch das Kind, welches das so dem Gemeingut bey dieser Theilung wieder zugerechnete empfangen hat, dasselbe auch seinen Geschwistern konferiren; so daß, wären ihrer im oben angenommenen Fall 4 gewesen, und eines jeden Antheil an ihrer Halbschied hätte dann,

wäre die Aussteuer des einen mit 1000 Rthl. vorher nicht geschehen, 1500 Rthl. betragen, dem Ausgesteuerten auf seinen Theil die empfangenen 1000 Rthl. zugerechnet werden, und dieses also nur noch 500 Rthl. bekommt.

Hiernächst wird zwar der solchergestalt separirte Kindertheil, wenn keine erhebliche Ursachen dagegen sind, noch ferner dem Vater oder die Mutter der abgetheilten Kinder, gegen deren Unterhaltung und Erziehung, bis zu ihrer Volljährigkeit, Verheyrathung oder Anstellung eigener Oekonomie, unter Aufsicht der Vormundschaft, zur Verwaltung und Nutzung gelassen, so daß auch vorher den nicht mehr sich in Unterhaltung ihres Vaters oder ihrer Mutter befindenden Kindern bis dahin keine Forderung eines Antheils an solcher fortgehenden Nutzung zustehet; es muß aber solcher ins Hypothekenbuch eingetragen, oder dafür Kaution geleistet werden.

Wenn sie indessen gegen solchen Niesbrauch die separirten Kinder nicht gehörig unterhalten und erziehen können noch wollen, so können sie sich durch Entsagung des Niesbrauchs dieser Last entledigen; und sollen auch, dafern sie hierunter ihre Pflichten versäumen, dessen verlustig erkläret werden. Dies stehet jedoch den Eltern nur alsdann frey, wenn das Vermögen ihrer Kinder zu ihrer Unterhaltung und Erziehung hinreichet, oder diese zu den Jahren gekommen sind, daß sie sich selbst ernäh-

nähren können. Denn sonst sind sie auch ihre abgetheilten Kinder, wenn dieser Vermögen gleich so gering ist, daß dessen Nutzung bey weiten nicht dazu hinreicht, zu ernähren und zu erziehen schuldig. Sie können indessen in solchem Fall dazu die Substanz des Vermögens der Kinder, so wie es erforderlich ist, mit zu Hülfe nehmen, nur darf dies nicht anders, als mit Genehmigung der Vormünder und Obrigkeit geschehen, auch muß dabey die künftige Kollation desjenigen, was davon an ein Kind vor dem andern verwendet wird, vorbehalten werden.

Dagegen soll aber auch, im Fall der abgetheilten Kinder übrig gebliebener rechter Vater oder rechte Mutter ebenfalls während ihrer Minderjährigkeit verstirbt, und sie blos ledigbleibende oder wieder heyrathende Stiefeltern behalten, ihren Vormündern freystehen, von letztern das Vermögen ihrer Pflegbefohlnen, zumal wenn dessen Nutzung die Erziehungskosten beträchtlich übersteiget, herauszufordern, und selbst zum Besten ihrer Pupillen zu administriren.

§. 23.

Wie fern sich die Abtheilung auch auf das zukünftige Vermögen der separirten Eltern und der separirten Kinder erstrecket.

Durch diese Abtheilung werden zwar Kinder nach der Regel von allen gegenwärtigen

und zukünftigen ererbten oder erworbenen Vermögen der mit ihnen schichtenden Eltern separiret, und in Ansehung dessen den Fremden und Todten gleich geachtet.

Da es jedoch unbillig seyn würde, wenn sie dadurch auch von allen mannigmal beträchtlichen Gütern, die erst nach der Theilung ihrer separirten Eltern durch Erbschaft von deren Eltern, Großeltern oder Blutsverwandten zufallen, ganz ausgeschlossen seyn, und auf die Art von ihren Großeltern und Blutsverwandten von Seiten ihres separirten Vaters oder ihrer separirten Mutter, dafern jene nicht zu ihrem Vortheil testiren, nichts erben sollten: so soll es, bey der deshalb bisher ungewissen Observanz, mit dergleichen Erbschaften in künftigen Fällen so gehalten werden.

1) Fällt dem von seinen Kindern wegen Verschwendung oder Wiederverheyrathung, oder durch freywillige Wahl separirten längstlebenden Ehegatten eine Erbschaft von seinen Eltern, Großeltern oder andern Blutsverwandten, nicht durch deren letzten Willen, sondern durch natürliches Erbgangsrecht zu: so soll jener diese Erbschaft mit seinen separirten Kindern gleich theilen.

2) Zu eben der Theilung soll er schuldig seyn, wenn ihm zwar erst nach schon geschehener Schichtung, eine Erbschaft oder ein Vermächtniß durch den letzten Willen seiner Eltern, Großeltern oder Blutsverwandten anfällt,

fällt, dieser letzte Wille aber schon vor der Schichtung errichtet ist, es wäre ihm dann mit der Bedingung vermacht worden, daß es nicht in die Gemeinschaft, und also künftig auch nicht zur Theilung kommen sollte.

3) Disponiren hingegen, erst nach geschehener Schichtung, seine Eltern, Großeltern und Blutsverwandte über ihr Vermögen durch letzten Willen, und vermachen ihm solches ganz oder zum Theil; so hat es dabey sein Verbleiben, und erhalten in diesem Fall dessen separirte Kinder davon nichts, wenn sie nicht ausdrücklich in dem letzten Willen ihrer Großeltern u. s. w. mit bedacht sind.

4) Wird aber eine großelterliche oder andere Erbschaft von Seiten des separirten Vaters oder der separirten Mutter erst nach dem Tode der letztern, entweder nach letztem Willen, worin der separirte Vater oder die separirte Mutter zum Erben eingesetzt ist, oder nach natürlichem Erbgangsrecht erledigt: so erben alle von ihnen hinterlassene separirte und unseparirte Kinder erster und zweyter Ehe in Capita.

5) Dagegen verbleibet den separirten Kindern jede, nach geschehener Schichtung, ihnen von der Seite ihres zuerst verstorbenen Vaters oder ihrer zuerst verstorbenen Mutter anfallende großelterliche oder andere Erbschaften allein.

6) Jedoch behalten die separirten Eltern auch von dem Vermögen, das ihre separirten Kinder in allen vorgedachten Fällen, oder von Fremden erben, oder sonst acquiriren, den gesetzlichen Niesbrauch gegen deren Unterhaltung und Erziehung, bis zu ihrer Volljährigkeit, Verheyrathung, oder Anstellung eigener Haushaltung.

§. 24.

Von dem wechselseitigen Successionsrechte der separirten Eltern und der separirten Kinder.

Wenn Separation der Kinder wegen Verschwendung, oder wegen Wiederverheyrathung, oder durch eigene Wahl des längstlebenden Vaters oder der längstlebenden Mutter geschehen ist: so sind jene zwar von der Erbschaft des väterlichen oder mütterlichen, sowol gegenwärtigen als zukünftigen Vermögens, wovon sie separiret sind, dergestalt ausgeschlossen, daß ihre separirte Eltern, wenn sie auch gleich nicht wieder heyrathen, oder auch ihren zweyten Ehegatten überleben, und keine Kinder aus der zweyten Ehe hinterlassen, darüber sowol beym Leben als auch auf den Todesfall, ohne den separirten Kindern zur Hinterlassung eines Pflichttheils verbunden zu seyn, frey disponiren können. Geschiehet indessen letzteres nicht: so behalten die separirten Kinder in gedachten beyden Fällen an solchem Vermögen ihr natürliches Erbrecht, weil dies nebst den an=

dern Familienrechten durch die Separation nicht verlohren gehet. Dies Erbrecht erstrecket sich auch auf alles, was noch nachher zum separirten Gut gekommen ist, also selbst auf das vom zweyten wieder verstorbenen Ehegatten in die Gemeinschaft der separirten Eltern gebrachte Vermögen. Stirbt hingegen ein separirtes Kind unverheyrathet, oder ohne einen mit ihm in Kommunion lebenden Ehegatten und ohne Kinder zu hinterlassen, auch ohne über sein Vermögen unter den Lebendigen oder Todeshalber disponiret zu haben: so sind

1) seine mit ihm separirten leiblichen Geschwister oder deren Kinder seine nächsten Intestaterben. Stirbt aber so

2) das einzige oder allein übrig gebliebene separirte Kind: so erben seine separirte Eltern, Vater oder Mutter, sein ganzes Vermögen. Nächst den Eltern erben sich

3) separirte Kinder und ihre Stiefgeschwister wechselseitig, und schließen ihrer verstorbenen Eltern Brüder und Schwestern aus.

§. 25.

Von der Einkindschaft und den bey deren Errichtung zu beachtenden Erfordernissen.

Der einzige Weg, der bey Wiederheyrathung des längstlebenden Ehegatten nöthigen Separation der Kinder von der Gemeinschaft überhoben zu seyn, ist die Errichtung einer

Einkindschaft. Hiezu ist aber erforderlich, daß

1) alle diejenigen, die dabey interessirt sind, darin consentiren; daß

2) weil die minderjährigen Kinder nicht consentiren können, ordnungsmäßige Bevormundung derselben bis zur aufgerichteten Einkindschaft geschehe, wenn sie gleich noch ihren Vater haben; daß

3) ein getreues Verzeichniß aller Güter, die beyderseitige Eheleute in die neue Ehe zusammen bringen, oder noch zu erwarten haben, aufgenommen, und dessen Richtigkeit durch Dokumente oder gerichtliche ceugnisse bestärket werde; daß

4) die competente Obrigkeit darin consentire, und zwar, wenn beyde Verlobte in die neue Ehe Kinder bringen, die unter verschiedener Jurisdiktion gesessen sind, ihre beyderseitige Obrigkeit; daß auch

5) die nächsten Blutsverwandten der zu vereinigenden Kinder von der Seite ihrer abgestorbenen Eltern, wenn jene diesen nicht schon zu Vormündern bestellet sind; ingleichen

6) im Fall die Vereinigung für künftige Kinder eines, der noch kinderlos in die Ehe mit einem andern, der schon Kinder hat, tritt, geschiehet, auch dessen noch lebende Eltern oder die ihm wegen seiner Minderjährigkeit bestellten Vormünder, oder, wenn er ohne Eltern und schon volljährig ist, auch dessen nächste

ste Verwandte dabey mit zu Rath gezogen werden.

§. 26.

Was besonders von den Vormündern der minderjährigen Kinder, und von Obrigkeitswegen dabey zu beachten ist.

Die Einkindschaft mag nun von den Vormündern der minderjährigen Kinder mit den Eltern außergerichtlich vereinbaret, und nur das darüber verfaßte Instrument der Obrigkeit zur Bestätigung und Obervormundschaftlichen Genehmigung übergeben, oder sie mag ganz gerichtlich vollzogen werden: so ist es die Pflicht sowol der Vormünder als der Obrigkeit, dabey mit aller Vorsicht zu verfahren, weil die Kinder erster Ehe dadurch leicht vervortheilet werden können.

Insbesondere sollen sie

1) die Einkindschaft vornehmlich nur dann befördern, wenn die Kinder erster Ehe kein — zu ihrer Unterhaltung und Erziehung hinlängliches, eigenes oder durch die Separation zu erwartendes Vermögen haben, und nicht leicht darin willigen, wenn dieses Vermögen so beträchtlich ist, daß es nicht allein zu ihrer Erziehung, sondern auch zu ihrem künftigen Etablissement hinreicht, indem in diesem Fall für die Kinder gemeiniglich Separation vortheilhafter ist, als die Einkindschaft;

2) nicht leicht gestatten, daß die Einkindschaft auch in der dritten Ehe fortgesetzt werde, und dies gar nicht in dem Fall zulassen, wenn der überlebende Stiefvater oder die Stiefmutter wieder heyrathen.

3) Nach der Regel soll dasjenige Vermögen der zu vereinigenden Kinder, was sie sowol schon vorhin außer der Gemeinschaft eigenthümlich besaßen, als was ihnen auch noch künftig durch Erbschaft von ihren Großeltern und Blutsverwandten von der Seite ihres abgestorbenen Vaters oder ihrer abgestorbenen Mutter, oder sonst durch Testament, Schenkung oder durch andere Erwerbungsmittel zufällt, von der Einkindschaft ausgenommen seyn, und von ihnen in diese nur dasjenige conferiret werden, was sie durch die Separation erhalten haben würden. Die Vormünder und Obrigkeiten haben daher vornehmlich dahin zu sehen, daß die Einkindschaft nicht auf das zukünftige Vermögen der Kinder erster Ehe erstrecket werde; es wäre dann, daß der Ertrag dieses Vermögens sich mit Gewißheit bestimmen ließe, und die Kinder dagegen gewisse beträchtliche Vortheile erhielten. Auch sollen sie

4) nicht in die Einkindschaft willigen, wenn wegen bekannter böser Sitten der Eltern zu besorgen ist, daß diese ihr Vermögen verschwenden, und die Erziehung der Kinder vernachlässigen werden. Hiernächst haben sie

5)

5) dafür zu sorgen, daß die zu vereinigenden Kinder nicht durch Ungleichheit des verschiedenen Vermögens, das beyde Eheleute in die neue Ehe zusammen bringen wollen, Verletzung leiden. Bey der zu deren Abwendung anzustellenden genauen Vergleichung des beyderseitigen Vermögens müssen sie

a) nicht nur auf das gegenwärtige, sondern auch auf das zukünftige Gut, das beyde Eheleute wahrscheinlich zu hoffen haben;

b) auf die Anzahl der zu vereinigenden Kinder und zwar von jeder Seite, wenn beyde Ehegatten Kinder in die neue Ehe bringen;

c) auf ihr Alter und auf die zu ihrer Erziehung noch mehr oder weniger erforderlichen Kosten;

d) ferner darauf, ob aus der neuen Ehe noch wahrscheinlich Kinder, viel oder wenig, zu erwarten sind; und

e) auch auf die Nahrung zum Erwerb, worauf der rechte oder der Stiefvater in der neuen Ehe, vermittelst seines Amts, seiner Handlung, oder seines Handwerks rechnen kann,

Rücksicht nehmen.

Ob nun gleich hiebey auf eine unerhebliche Vermögens-Ungleichheit nicht zu achten ist, so sollen sie hingegen, dafern sich aus der hiernach

nach zu ziehenden Vermögens-Bilanz eine beträchtliche Ungleichheit zum Nachtheil der Kinder erster Ehe von einer oder der andern Seite ergiebt, in eine Einkindschaft nicht anderst consentiren, als wenn solchen Kindern dafür zur Entschädigung ein Verhältnißmäßiges voraus oder *Praecipuum* ausgeworfen wird. Wollen sich aber die Eltern hiezu nicht verstehen, oder können sich die paciscirenden Theile nicht über das Quantum vereinigen, und wollen sich auch nicht gerichtliche Bestimmung desselben gefallen lassen; dann soll von der Einkindschaft Abstand genommen, und legale Schichtung verordnet werden. Endlich soll

6) Vormundschaft und Obrigkeit dahin sehen, daß nicht nur alle bey Errichtung einer Einkindschaft abgeredete Punkte deutlich und genau in ein gerichtlich zu bestätigendes Instrument, oder in ein gerichtliches Protokoll gebracht, sondern daß auch die zu deren Errichtung vorhandenen Bewegungsgründe, und wie dabey nach obigen Vorschriften ordnungsmäßig verfahren sey, darin umständlich bemerkt werden.

Denn nur bey geschehener Beachtung aller vorhin angeführten Erfordernisse soll die Einkindschaft gültig, und den minderjährigen Kindern dawider das Beneficium restitutionis in integrum versagt seyn.

§. 27.

§. 27.

Wie weit die Einkindschaft zwischen den Kindern der Bauren statt hat.

Auch zwischen den Kindern der Bauren kann in Ansehung der theilbaren Errungenschaft Einkindschaft errichtet werden.

Da auch bey den Bauren sich mannigmahl zuträgt, daß bey Wiederverheyrathung des längstlebenden Ehegatten keine Schichtung mit den Kindern erster Ehe geschehen kann, weil kein theibares Vermögen vorhanden ist, hingegen erst in der zweyten Ehe ein Ansehnliches, hauptsächlich durch Fleiß und Arbeit der Kinder erster Ehe, erworben wird, und es unbillig seyn würde, wenn letztere daran keinen Antheil haben sollten: so soll vielmehr künftig die Einkindschaft zwischen den Kindern der Bauren nach der Regel statt finden, wenn nicht sonst in einzelnen Fällen besondere, die Sache verändernde Umstände sie abrathen. Dafern jedoch aus der ersten Ehe beträchtliche Acquisita und Activa vorhanden sind: soll dafür jedesmahl den Kindern erster Ehe ein verhältnißmäßiges praecipuum ausgeworfen werden.

§. 28.

Von den Wirkungen der ordnungsmäßig errichteten Einkindschaft,

a) in Ansehung des Familienverhältnisses.

Die Würkungen einer solchergestalt ordnungsmäßig errichteten Einkindschaft sind, und zwar

zwar so viel zuerst das Familienverhältniß (statum familiae) betrift, folgende:

1) Die gemachten Kinder werden dadurch überhaupt den leiblichen Kindern, womit sie vereinigt sind, in allen natürlichen Rechten gleich, als wenn sie aus einer Ehe gezeugt wären. Nur erhalten sie dadurch die Rechte der Blutsverwandschaft und der Civil-Institute nicht.

2) Sie sind aber auch dem gemachten Vater und der gemachten Mutter, als ihren natürlichen Eltern, zu gehorsamen schuldig.

3) Auch der gemachte Vater erhält die Verwaltung über das ganze in die neue Ehe zusammengebrachte Vermögen, und hat überhaupt davon alle Rechte, die dem ersten Ehemann in der Gütergemeinschaft zukommen.

4) Diese Verwaltung steht ihm selbst über das Praecipiuum und sonstige privative Vermögen der angenommenen Kinder, jedoch unter Aufsicht der alsdann auch nach errichteter Einkindschaft fortdaurenden Vormundschaft, zu; und verbleibet ihm und der Mutter auch von beyden der Niesbrauch bis zu jener Großjährigkeit, Verheyrathung oder Anstellung eigener Oekonomie. Nur muß beydes ins Hypothekenbuch auf das Vermögen der Eltern eingetragen, oder dafür Sicherheit geleistet werden.

5) Ingleichen hat die gemachte Mutter, wenn der natürliche Vater stirbt, eben die

Rech-

Rechte, die der natürlichen Mutter in der prorogirten Gemeinschaft zukommen, so weit diese mit der Einkindschaft bestehen können.

6) Dagegen müssen aber auch die gemachten wie die natürlichen Eltern die angenommenen Kinder, wie die leiblichen, unterhalten und erziehen, auch ihnen, wenn sie sich verheyrathen, oder eigene Oekonomie anfangen, verhältnißmäßigen Brautschatz oder Aussteuer mitgeben. Uebrigens wird

7) die Einkindschaft nicht aufgehoben, wenn gleich aus der neuen Ehe keine Kinder entstehen.

§. 29.

b) in Ansehung der Erbfolge.

So viel fürs andere die künftige Succession anlangt: so ist

1) eine der vornehmsten Würkungen der Einkindschaft diese, daß die vereinigten Kinder, die angenommenen mit den leiblichen, das Vermögen ihrer beyderseitigen Eltern, wenn diese mit Tode abgehen, in Capita erben, als wenn sie Kinder einer Ehe wären. Dieses Erbtheil können

2) so wenig die rechten als die angesetzten Eltern den angenommenen Kindern, weder durch Disposition unter den Lebendigen, noch durch letzten Willen, nicht einmahl aus gerechten Ursachen der Enterbung, entziehen oder schmälern. Solches gemeinschaftlich

Erbrecht der uniirten Kinder erstreckt sich aber

3) nur auf das Vermögen der Eltern, woran sie Einkindschaft haben, selbst, und nicht auf die Verlassenschaft eines dritten; also

a) nicht auf das bey Errichtung der Einkindschaft den Vorkindern vorbehaltene privative Vermögen, noch auf das Gut, was nach schon errichteter Einkindschaft den Vorkindern von ihren Großeltern und Blutsverwandten von der Seite des zuerst verstorbenen Vaters oder der zuerst verstorbenen Mutter, oder sonst von Fremden durch Intestaterbschaft, Testament, Vermächtniß oder Schenkung zugefallen ist; so wenig als

b) auf dasjenige Gut, was den Nachkindern schon beym Leben ihrer beyden Eltern privative gehörte, oder nach dem Tode ihres alleinigen rechten Vaters oder ihrer alleinigen rechten Mutter von deren Blutsverwandten in aufsteigender oder Seiten-Linie, oder sonst von Fremden durch Intestaterbschaft, Testament, Vermächtniß, oder Schenkung anfällt; jedoch beerben

4) die Vor- und Nachkinder, nach Absterben ihres gemeinschaftlichen rechten Vaters oder ihrer gemeinschaftlichen rechten Mutter, die Blutsverwandten dieser sowol in aufsteigender als Seiten-Linie gemeinschaftlich in Capita. Stirbt hingegen

5)

5) ein gleichgemachtes Kind erster Ehe unverehligt und ohne Descendenz, und zwar noch bey Lebzeiten beyder oder eines der Eltern und bey noch fortdaurender Einkindschaft; so erlöscht sein Erbrecht am Gemeingut.

Hinterläßt er außerdem privatives Vermögen, ohne darüber gültig disponiret zu haben: so erben solches und seinen Antheil an dem etwanigen Voraus der Kinder erster Ehe zuerst seine leiblichen Geschwister und deren Kinder, nächst diesen seine überlebenden leiblichen Eltern, die es jedoch in die Gemeinschaft konferiren müssen; und dann erst seine Halbgeschwister, die Nachkinder, mit völliger Ausschließung seines Stiefvaters oder seiner Stiefmutter und der von diesen in die Ehe gebrachten Kinder. Sind aber

6) beyde Eltern gestorben oder von ihnen die Kinder abgetheilet; und diese haben ihr gemeinschaftliches Vermögen noch ungetheilt bey einander: so erben, vermöge der errichteten Einkindschaft, die gleichgemachten zugleich mit dem rechten Geschwister, oder, ohne diese, sich einander ab intestato.

Sobald aber dies gemeinschaftliche Vermögen unter ihnen getheilet ist: wird das Band der Einkindschaft aufgelöset, und hat alsdann unter den uniirten Kindern weiter keine Erbfolge statt, als die das natürliche

gemeine Erbgangrecht mit sich bringt. Auch nach letzterm Recht wird nach Absterben der Eltern das sonstige privative Vermögen der gleichgemachten Kinder vererbet. Wenn endlich

7) der angesetzte Vater oder die angesetzte Mutter ihren Ehegenossen, und ihre sowol leibliche als angenommene Kinder überleben, und letztere noch nicht abgetheilet haben: so fällt ihnen zwar nach dem Recht der Gütergemeinschaft das ganze zur Communion gehörende Vermögen zu; sie sind aber von der Beerbung des abgetheilten oder sonst privativen Vermögens der angenommenen Kinder ausgeschlossen, und fällt solches dem nächsten Blutsverwandten der letztern als Intestaterben anheim.

§. 30.

In welchen Fällen die Einkindschaft wieder aufgehoben wird.

So wenig sonst die Eltern wider Willen der Kinder, als die Kinder wider Willen der Eltern von der einmal aufgerichteten Einkindschaft wieder abgehen können: so soll sie doch alsdann aufgehoben und zur Theilung geschritten werden, wenn

1) beyde Eltern, oder, nach Absterben des einen, der überlebende Ehegatte, das in die Einkindschaftliche Communion zusammengebrachte Vermögen muthwillig verschwenden,

da dann sowol die Kinder, deren Verwandte oder Vormünder auf die Theilung dringen, als auch die Obrigkeiten solche, selbst von Amtswegen, befördern sollen; oder wenn

2) nach dem Ableben des einen, der überlebende Ehegatte wieder zur neuen oder dritten Ehe schreitet, indem in dieser, zumal wenn der Ueberlebende der Stiefvater oder die Stiefmutter ist, die Fortsetzung der Einkindschaft nicht gestattet werden soll.

§. 31.

Wie es gehalten wird, wenn bey Wiederverheyrathung des überlebenden Ehegatten Separation oder Einkindschaftserrichtung unterblieben ist.

Wenn auch noch ein Fall vorkommen könnte, daß wider die Vormundschaftsordnung, beym Wiederheyrathen eines Wittwers oder einer Wittwe mit Kindern, die Schichtung oder legale Einkindschaftserrichtung unterbliebe, oder dafern beydes in vorigen Zeiten unterblieben wäre, alsdann soll zur Strafe des überlebenden und des neuen Ehegatten angenommen werden, daß stillschweigende Einkindschaft errichtet sey, und diese alle Würkungen der ausdrücklichen und von der Obrigkeit bestätigten habe. Jedoch soll es zu gleichmäßiger Strafe jener von der Wahl der Kinder erster Ehe, oder wenn sie noch minderjährig sind, ihre Blutsverwandten oder Vormünder, ab-

hängen, ob sie darin verbleiben, oder Nachholung der Separation des zur Zeit der Wiederverheyrathung ihres Vaters oder ihrer Mutter da gewesenen gemeinschaftlichen Vermögens, nach einer von diesen zu edirenden eidlichen Specifikation verlangen wollen. Nur soll im letzten Fall, zur Erhaltung des öffentlichen Kredits, die Separation nicht zum Präjudiz der auf das Gemeingut versicherten Gläubiger gereichen.

§. 32.

In welchen Fällen die Gütergemeinschaft bey Lebzeiten beyder Eheleute aufgehoben wird.

Außerdem, daß die eheliche Gütergemeinschaft durch den Tod des einen Ehegatten in Kinderloser Ehe sich von selbst aufhebet, giebt es noch einige Fälle, da sie noch bey Lebzeiten beyder Eheleute aufgehoben werden kann, oder aufgehoben werden muß. Es soll zwar

1) die Veränderung des Wohnsitzes der Eheleute, die mit einander in Communion leben, wenn sie nehmlich sich aus dieser Grafschaft in ein fremdes Land, worin die gesetzliche allgemeine Gütergemeinschaft nicht eingeführet ist, begeben, die Aufhebung derselben nicht würken; es sey dann, daß

a) sie solches durch Vertrag ausdrücklich ausgemacht hätten; oder daß

b) etwan an dem Ort ihres neuen Wohnsitzes die Gemeinschaft der Güter durch ein ausdrückliches Gesetz verboten wäre.

In diesen beyden Fällen der Ausnahme kann jedoch die Aufhebung den Kreditoren, in Ansehung der schon auf dem Gemeingut haftenden Schulden, nicht präjudiciren. Eben so wenig soll

2) ein gänzlicher **Verlust des** gemeinschaftlichen Vermögens die eheliche Gütergemeinschaft aufheben, weil sich diese auch auf das zukünftige Gut, das von den Eheleuten wieder erworben werden kann, erstrecket; dagegen stehet

3) den Eheleuten zu jeder Zeit frey, die beym Anfange der Ehe eingegangene Communion hiernächst mit beyderseitiger Einwilligung wieder durch Vertrag zu endigen, und das Gemeingut unter sich gleich zu theilen, oder sich durch Zurücknehmung des Eingebrachten oder auf andere Art auseinander zu setzen. Nur ist auch solche Aufhebung den Kreditoren, die schon Forderungen an die Gemeinschaft haben, unnachtheilig; und, damit auch künftige Kreditoren nicht dadurch gefährdet werden, erforderlich, daß sie, wie in Ansehung der die Communion ausschließenden oder einschränkenden Ehepakten oben in §. 3. verordnet ist, der competenten Obrigkeit insinuiret, und in den Lippischen, auch nach Befinden in auswärtigen Intelligenzblättern oder Zeitungen publiciret

werden, widrigenfalls solche für nicht geschehen gehalten werden soll. Wird auch

4) die Ehe durch Ehescheidung wegen Ehebruchs, böslicher Verlassung, unversöhnlichen Hasses u. s. w. getrennet, oder an deren statt bey Katholiken eine beständige Scheidung vom Tisch und Bette erkannt; so ist auch damit die Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft verbunden, es soll aber mit dem Gemeingut nach Verschiedenheit der Umstände gehalten werden.

Sind beyde Eheleute an der Ehescheidung Schuld, so sollen sie das gemeinschaftliche Vermögen, nach Abzug der Schulden, unter sich gleich theilen.

Ist hingegen **die Schuld nur auf Seiten des einen Ehegatten**; so hat

a) die unschuldige Frau die Wahl, ob sie ihr Eingebrachtes, nebst dem vierten Theil des Vermögens des Mannes und sonst während der Ehe erworbenen Guts, zurückfordern, oder lieber das ganze gemeinschaftliche Vermögen, nach Abzug der Schulden, mit dem Mann gleich theilen will.

Ist aber zu dieser Wahl gar kein, oder wenigstens kein hinreichendes theilbares, der freyen Disposition des Mannes unterworfenes Vermögen vorhanden: so erhält die unschuldige Ehefrau ihr Eingebrachtes nur in soweit zurück, als es daraus nach vorher abgezogenen Gemeinschaftsschulden erfolgen kann, und muß ihr

ihr der schuldige Mann außer dem Verhältniß- und Standesmäßigen, von der Obrigkeit zu bestimmenden jährlichen Unterhalt, bis zu ihrer Wiederverheyrathung geben. Dieselbe Wahl hat

b) der unschuldige Mann dergestalt, daß er entweder der schuldigen Frau ihr Eingebrachtes mit Abzug des ihm davon zufallenden vierten Theils zurückgeben, und sie damit von der Gemeinschaft abfinden, oder mit ihr das Gemeingut nach Abzug der Gemeinschaftsschulden gleich theilen kann.

Die Verpflegung und Erziehung der, aus der getrennten Ehe gezeugten Kinder geschiehet übrigens nach der Regel, bey dem unschuldigen Theil auf Kosten des schuldigen. Sind aber beyde Ehegatten in gleichem Grade der Verschuldung: so tragen beyde zu den Verpflegungs- und Erziehungskosten bey; jedoch jeder nur verhältnißmäßig nach Beschaffenheit seines Vermögens und seiner Einkünfte. Auch bleiben die Kinder, die Ehescheidung mag nun durch Verschulden eines oder beyder Ehegatten veranlasset seyn, die natürlichen Erben ihrer beyderseitigen Eltern, und wann sich diese, der unschuldige Theil, oder auch beyde, anderweit verheyrathen, müssen sie mit den Kindern schichten, und ihnen die Hälfte ihres Vermögens, wovon sie jedoch den gesetzlichen Niesbrauch behalten, herausgeben. Wird endlich

5) die Ehe *ex capite nullitatis* aufgehoben; so soll zwar die Gemeinschaft der Güter so lange, als die Ehe gedauert hat, ihre völlige Würkung haben, nach für nichtig erkannter Ehe aber gleiche Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens, nach Abzug der Schulden, zwischen beyden Eheleuten geschehen, es wäre denn die nichtige Ehe durch Betrug, Zwang und überhaupt durch Schuld des einen Ehegatten zu Stande gebracht worden. Denn in diesem Fall soll der unschuldige Theil für die von dem schuldigen vor der Ehe contrahirte Schulden nicht haften, und die Wahl haben, ob er sein Eingebrachtes zurücknehmen, oder gleiche Theile des Gemeinguts verlangen will. Im letzten Fall soll auch die Verpflegung und Erziehung der aus einer solchen nichtigen Ehe erzielten Kinder auf des schuldigen Theils Kosten geschehen, übrigens es aber sonst in Ansehung der Kinder wie im Fall der Ehescheidung gehalten werden.

299. Meditation.

Wenn bey einem Wiederkauf, die Kontrahenten wegen des, bey eintretendem Wiederkauf zu bezahlenden, Preises nicht bestimmet haben, so ist der Wiederkäufer verbunden, die Sache für eben den Preis wieder zurück zu geben, wofür er dieselbe ehedem erhalten hat.

§. 1.

Titius hatte an den Kajus eine Wiese für 300 Rthlr. verkauft, und sich in dem Kaufkontrakt ausbedungen, daß ihm frey stehe, innerhalb sechs Jahren die Wiese wieder einzulösen. Vor Ablauf dieser Zeit wollte der Titius die Wiese gegen Erlegung der 300 Rthlr. einlösen, Kajus aber weigerte sich, diese Gelder anzunehmen, und verlangte, da während dieser Zeit die Landgüter im Preise gestiegen waren, daß der Wiederkäufer ihm jetzt 400 Rthlr. bezahlen solle.

§. 2.

Bey Entscheidung des unter beyden entstandnen Rechtsstreits, kam es hauptsächlich auf die

Frage an: ob, wenn nemlich die Kontrahenten bey einem eingegangenen Wiederkauf, in Absicht des Wiederkaufgeldes nichts bestimmet haben, der Wiederverkäufer schuldig sey, dem Wiederkäufer die Sache für eben den Preis wieder zurückzugeben, wofür er sie erhalten hat; oder ob er fordern könne, daß ihm der Wiederkäufer so viel gebe, als die Sache zur Zeit des Wiederkaufes werth ist?

§. 3.

Verschiedne Rechtsgelehrte a) behaupten das letztere, und zwar aus dem Grunde, weil, wie sie sagen, der Wiederkauf als ein neuer Kauf anzusehen sey, und bey einem neuen Kauf blos auf den Preis, den die Sache zur Zeit des Wiederkaufs habe, gesehen werde.

Zum Beweise dieser Behauptung beziehet man sich auf *L.* 58. *ff. de pact.* worin es so heißt: *illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id, quod actum est, perfici non potest, ut tu, quod iam ego tibi praestiti, contra praestare mihi, cogaris, quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur.*

§. 4.

a) *Berlich* part. 2. concl. 2. nr. 39. *Leyser* spec. 191. med. 9. *Hommel* Rhaps. obs. 326. *Hellfeld* Iurisprud. forens. §. 999. Schmidt theore-

§. 4.

Daß nun aber ein Wiederkauf als ein neuer Kauf anzusehen sey, ist eine Hypothese, die nirgends gegründet ist. Aus dem Begrif, den man mit einem Wiederkauf verbindet, kann solche nicht geschlossen werden, denn ein eingegangener Wiederkauf bringt nur die Verbindlichkeit hervor, daß der Käufer dem Verkäufer dereinst die Sache wieder zurückgeben müsse. Ob nun dieses aber für den alten Kaufpreis, oder aber für den zur Zeit des Wiederkaufs zu bestimmenden Preis geschehen müsse, das fließt aus dem Begrif des Wiederkaufs gar nicht, und wird auch durch das angeführte Gesetz nicht erwiesen.

§. 5.

Der Fall, von welchem jenes Gesetz redet, ist dieser: Mevius hatte an den Sempronius eines seiner Grundgüter verkauft, nach einiger Zeit ersucht der Verkäufer den Käufer, daß er ihm doch beym etwanigen Verkauf das Grundstück wieder überlassen möchte; der Käufer verspricht solches unter der Bedingung, daß ihm alsdenn eben der Kaufpreis, den er bezahlet, wiedergegeben werde, und der Verkäufer nimmt diese Bedingung an. Hier nun entstand die Frage: wird durch diesen Vertrag der zwischen dem

theoretisch praktischer Commentar über seines Vaters praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden Th. 4. S. 910.

dem Mevius und Sempronius geschlossene Kauf aufgehoben oder nicht? Diese Frage wird in dem Gesetze verneint, und gesagt, daß nur durch einen solchen Vertrag eine neue Verbindlichkeit eingeführet werde. Es beweisen also die Worte: *ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur* nur so viel, daß durch einen Wiederkaufs-Vertrag, der Kaufkontrakt noch eine neue Verbindlichkeit erhalte; keineswegs aber, daß bey eintretendem Wiederkauf, erst neue Verbindlichkeiten errichtet werden müßten, und so der alsdenn zu bezahlende Preis zu bestimmen sey.

§. 6.

Weit gegründeter ist also die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten b), die auch in dem Allgemei-

b) *Carpzov* part. 2. const. 1. def. 22. *Struv* ex. 23. §. 45. *Berger* lib. 2. resp. 18. nr. 3. *Stryk* V. M. Tit. de contr. emt. vend. §. 53. *Schilter* de iure retrovenditionis. *Voet* Comm. ad pand. Lib. 18. Tit. 3. §. 7. *Berger* Oecon. iur. Lib. 3. Tit. 5. th. 8. nr. 4. *Thomasius* Diss. de usu practico accuratae distinctionis inter emtionem cum pacto de retrov. et contract. pignor. Cap. 3. §. 1. *Wernsdorf* in duobus program. quibus inest quaestio, quodnam pretium partibus placuisse videatur, si res ex pacto de retrov. priori venditioni adiecto, iam ad priorem eius dominum redire debeat, nullo certo pretio definito. 1795.

gemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten c) angenommen ist, welche behaupten, daß, sobald bey einem Wiederkauf in Absicht des Preises nichts bestimmt ist, das für die Sache gegebene Kaufgeld, mit den nützlichen noch vorhandenen Verbesserungskosten, wieder bezahlet werden müsse. Denn höchst wahrscheinlich ist und bleibt es, daß, sobald die Kontrahenten bey einem eingegangenen Wiederkauf nichts gewisses in Absicht der zu bezahlenden Wiederkaufssumme bestimmet haben, sie sich eben den Bedingungen, die sie bey dem Kauf gemacht haben, unterwerfen wollen, daß also auch eben die Kaufsumme wieder bezahlet werden solle. Es wurde daher auch in dem oben angeführten Falle dem Titius zuerkannt, daß er dem Kajus gegen Erlegung der 300 Rthlr. die Wiese wieder abtreten müsse.

c) Th. 1. Tit. 11. §. 296. Ist ein Kauf unter Vorbehalt des Wiederkaufs geschlossen, so wird in zweifelhaften Fällen vermuthet, daß die Sache dem Verkäufer für eben den Preis, welchen er dafür erhalten hat, zurückgegeben werden solle.

300. Meditation.

Eine geschwächte Person kann auch alsdenn auf eine Ausstattung klagen, wenn ihr gleich der verehlichte Zustand des Stuprators bekannt gewesen ist.

§. 1.

Die Frage: ob auch ein Ehemann zur Ausstattung einer von ihm geschwächten Person verbunden sey? wird von den Rechtsgelehrten nicht auf einerley Art beantwortet. Einige a) legen ihm diese Verbindlichkeit auf; andere b) sprechen

a) *Böhmer* J. E. P. Tom. 5. lib. 5. Tit. 16. §. 12. *Pufendorf* Tom. 1. obs. 44. *Leyser* sp. 583. n. 8. 9. *Böhmer* ad Carpz. qu. 68. obs. 8. 9. *Meister* pr. iur. crim. sect. 2. part. 2. c. 22. §. 7. *G. L. Böhmer* princ. iur. can. lib. 4. part. 2. Tit. 4. §. 922. Quistorp Grunds. des peinl. Rechts Abs. 8. Hpst. 4. §. 479. Eisenhart in den kleinen Schriften Th. 2. S. 109.

b) *Carpzov* pr. crim. qu. 68. nr. 66. *Damhouder* pr. crim. cap. 92. nr. 6. *Bastineller* de dote virgin. a marito vitiatae non praest. *Voet* ad Pand. Tit. ad. Leg. Iul. de adult. §. 4.

chen ihn davon los; noch andere c) machen den Unterschied, ob die Geschwächte gewußt hat, daß sie mit einem Ehemann zu thun gehabt habe, oder nicht; und glauben, daß in dem ersten Falle diese auf die Ausstattung nicht klagen könne.

§. 2.

Wir treten hier der erstern Meinung bey, und glauben auch solche durch hinlängliche Gründe beweisen zu können. Die Verbindlichkeit, nach welcher der Stuprator verpflichtet ist, die von ihm geschwächte Person entweder zu heyrathen oder auszustatten, ist eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung ihm sowol in der heil. Schrift d) als

c) *Wernher* p. 4. obſ. 244. nr. 6. *Bardili* de ſatisf. ſtupr. Cap. 3. Membr. 3. nr. 35. *Beck* de eo quod iuſtum eſt circa ſtupr. p. 136. 138. Schmidt Rechtssprüche Abs. 2. No. 38. §. 4. 5. S. 264. f. *Hommel* Rapſ. obſ. 19. nr. 3.

d) 2 B. Mos. Kap. 22. V. 16. 17. Wenn jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertrauet ist, und beschläft sie, der soll ihr geben ihre Morgengabe, und sie zum Weibe haben. Wegert sich aber ihr Vater, sie ihm zu geben, soll er Gold dar wägen, wie viel einer Jungfrau zur Morgengabe gebühret. 5 B. Mose Kap. 22. V. 28. 29. Wenn jemand an eine Jungfrau kommt, die nicht vertrauet ist, und ergreift sie, und schläft bey ihr

als in dem geistlichen Rechte e) auferlegt ist. In den beyden angeführten Stellen wird ganz generel geredet, ohne auf den Unterschied zu sehen, ob die Mannsperson verheyrathet sey oder nicht. Zudem kömmt hier ja nur blos das Recht der Geschwächten, eine Ausstattung oder Abfindung fordern zu können, in Betracht, und nur allein auf sie, nicht aber auf den Stuprator, wird Rücksicht genommen.

§. 3.

Die Gründe, die man dieser unsrer Meinung entgegen setzt, sind folgende. Man sagt, die Verbindlichkeit, eine Geschwächte abzufinden, müsse hier von Seiten des Ehemannes um deswegen wegfallen, weil erstlich zwischen diesem und der Geschwächten die Ehe nicht statt finde, daß aber, wo keine Ehe sey, auch kein Brautschatz seyn könne; zweytens hätte die Geschwächte sich selbst beyzumessen, daß sie sich mit

ihr und findet sich also; so soll der sie beschlafen hat, ihrem Vater funfzig Sekel Silbers geben, und soll sie zum Weibe haben, darum, daß er sie geschwächt hat, er kann sie nicht lassen sein Lebenlang.

e) *Cap. 1. X. de adult. et stupr.* Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam, dormitque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddit pecuniam iuxta modum dotis quam virgines accipere consueverunt.

mit einem Ehemann abgegeben habe und also dadurch stillschweigend ihrem Rechte entsagt; und da drittens ein Ehemann schon wegen des von ihm begangenen Ehebruchs bestraft würde, so würde er in der That, wenn er außer dieser Strafe sich noch mit der von ihm Geschwächten abfinden sollte, doppelt gestraft werden.

§. 4.

Was nun den ersten gegenseitigen Grund betrift, so ist dieser schon von uns widerlegt worden f), und also eine besondre Widerlegung desselben, hier überflüssig. Wir bemerken hierbey nur noch, daß, wenn man jenen Grund als gültig annehmen wollte, daraus folgen würde, daß eine jede Mannsperson, die in seinem ledigen Stande eine Frauensperson beschwängert hat, von der Verbindlichkeit, solche auszustatten, frei werde, wenn er sich verheyrathet. — Der zweyte Einwurf ist schon deswegen unbedeutend, weil hier ein Ehemann wo nicht in größerer doch gewis in eben so großer Schuld als die Geschwächte ist. Daß man also diesen hier vor jener begünstigen wolle, dazu ist gar kein Grund vorhanden. Und wenn ein Ehemann gleich wegen des dadurch begangnen Ehebruchs sich eine öffentliche Strafe zuziehet; so kann doch nie eine öffentliche Strafe, die dem beleidigten Theil schuldige Genugthuung aufheben.

§. 5.

f) Meditationen B. 1. Med. 17. §. 5.

§. 5.

Aus allen diesen läßt sich nun auch leicht urtheilen, daß der von einigen Rechtsgelehrten gemachte Unterschied gar nicht gegründet sey. Denn in den von uns §. 2. angeführten Stellen liegt jener Unterschied so wenig, daß er vielmehr darin deutlich genug verworfen wird.

---

301. Meditation.

Eine Wittwe verliehret das ihr von einem Fremden, unter der Bedingung: daß sie in ihrem Wittwenstande bleiben solle: hinterlaßne Vermächtniß, wenn sie diese Bedingung nicht erfüllt, und zur zweyten Ehe schreitet.

§. 1.

Nach dem Papischen und Poppäischen Gesetze, wurde die der Erbeinsetzung oder einem Vermächtnisse beygefügte Bedingung: daß einer nicht heyrathen solle: für nicht geschrieben, und

also für unwirksam gehalten a). Auf diese Art durfte also von dem Erblasser die Freiheit zur Ehe seinen Erben oder Legatarien nicht genommen werden b). Dieses Gesetz aber wurde bald durch ein anders, das sogenannte Julische Miscellische c) Gesetz darin aufgehoben, da nach demselben, wenn einer Ehefrau oder Wittwe unter der Bedingung, wenn sie nicht wieder heirathen würde, was hinterlassen war, und diese innerhalb einem Jahre, von Zeit des Todes ihres Ehemannes angerechnet, eidlich angelobte, daß sie blos in der Absicht, um Kinder zu zeugen, wieder heyrathen wolle, jene Bedingung ihr erlassen wurde d). Nach verflossenem

a) *L. 79. §. fin. ff. de cond. et demonst.* Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet.

b) *L. 72. §. 4. ff. eod. tit.* — eamque legis sententiam videri, ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur.

c) *Bach* de lege Julia Miscella.

d) *Nov. 22. c. 43.* Lex enim quae vocatur Julia Miscella, lex antiqua, lex vetusta, filiorum procreationes proponens studium, permittebat mulieribus, licet vir prohiberet, et aliquid ab hoc relinqueret, quatenus non ad secundas nuptias veniret, tamen et ad virum venire, et iurare, quia filiorum causa hoc ageret, et quod relictum erat, acciperet, et hanc quidem in annum dabat mulieribus licentiam. —

Jahre aber und wenn jener Eid nicht geleistet war, blieb jene Bedingung bey Kräften und wurde der Wittwe nicht anders, als gegen Bestellung der Mutianischen Kaution, das Vermächtnis verabfolget e).

§. 2.

Dieses Gesetz aber hob Justinian gänzlich auf; denn er verordnete, daß, wenn den Wittwen von ihrem verstorbnen Ehemanne unter der Bedingung: **nicht wieder zu heyrathen**, etwas vermacht sey, jenen dennoch erlaubt seyn sollte, wieder zu heyrathen, ohne das Vermächtnis zu verliehren. Jedoch sollte bey einem solchen Falle, wenn Kinder aus erster Ehe noch am Leben wären, diese das Eigenthum erlangen, ihre Mutter aber nur blos den Niesbrauch behalten f). Damit nun aber auch darüber: ob

e) *Nov. 22. cap.* 43. Eo autem transeunte, si vellet accipere relictum, non aliter licebat mulieri hoc accipere, antequam cautionem exponeret: *quod non ad secundas veniret nuptias*, sed hanc quoque adiectionem Julius Miscellus haud invenit, sed Quintus Mucius Scaevola hoc praesanciverat.

f) *L. 2. C. de indict. viduit. et leg. Jul. Misc. tollenda.* Ambiguitates legis Juliae Miscellae generali lege tollentes, nullum concedimus fieri iuramentum secundum praedictam legem, sed penitus una cum Mutiana cautione

ob dies, was in Ansehung der Wittwen verordnet worden, auch bey Wittwern statt finde, kein Zweifel entstehe, gab Justinian ein anders Gesetz g), in welchem er, was er in Ansehung der

ne super hac causa quiescente, licere mulieribus etiam maritorum suorum interminatione spreta, quae viduitatem eis interdicit, et non dato sacramento, procreandae sobolis gratia tantum ad secundas migrare nuptias, poena huiusmodi cessante, sive habeat liberos sive non, et ea percipere, quae maritus dereliquit. Quorum omnium manifestissimum est, dominium minime eas liberis existentibus habere, usufructu tantummodo apud eas remanente, et ad liberos prioris thori proprietate eorum deferenda, secundum ea, quae de secundis nuptiis, et lucris, quae ex his mulieribus obveniunt, statuta sunt, ne ex necessitate legis et sacramento colorato periurium committatur.

g) *L. 3. C. de ind. viduit.* Legem Juliam Miscellam quemadmodum in foeminis sustulimus, ita etiam in masculis esse sublatam, pertinere quidem ad sensum nostrae legis, quam super hoc promulgavimus, non est incertum, ne tamen quaedam ambiguitas simplices animos moveat, etiam expressim sancimus legem Juliam Miscellam et Sctum, quod circa eam factum est, nec non Mutianam cautionem, quae super talibus nuptiis introducta est, non solum in foeminis sed etiam in masculis cessare.

Wittwen verordnet hatte, auch auf die Wittwer zog.

§. 3.

Aber hiebey blieb es noch nicht. Justinian, der, wie er in der Nov. 22. Kap. 43. sagt, es für unbillig hielt, wenn der letzte Wille eines Verstorbenen unerfüllt bliebe, und dessen Seele dadurch in Traurigkeit versetzt würde, stellte jenes Julische Miscellische Gesetz wieder her, und verordnete, daß, wenn einer Wittwe: unter der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, etwas hinterlassen sey, diese auch schuldig sey, falls sie das Vermächtnis behalten wolle, diese Bedingung zu erfüllen. Wobey denn noch folgendes festgesetzt wurde, daß überhaupt derjenige, dem unter jener Bedingung etwas vermacht worden, innerhalb einer Jahresfrist nichts fordern könne, es sey denn, daß er sich in den geistlichen Stand begebe h). Nach Ablauf des Jahrs aber sollte zwar das Vermachte verabfolget, jedoch aber hinlängliche Sicherheit dahin

h) *Nov. 22. cap.* 44. §. 1. Sed ut non causa suspensa sit, et post tempora forsitan longa revertatur rursus exactio, propterea bene nobis visum est, huius rei determinare causam, et usque ad annum quidem non esse penitus petitionem relicti; nisi tamen modus sacerdotii adveniens alteri personarum statim praebeat exceptionem, utpote nequaquam nuptiarum existente spe.

hin gestellt werden, daß bey erfolgender Wiederverheyrathung das empfangne mit samt den gehobenen Nutzungen wieder herausgegeben werde i). Alles dieses aber betrift nur blos Wittwen und Wittwer, nicht unverheyrathete Personen, denn in Ansehung dieser bleibt es bey dem Papischen und Poppäischen Gesetz.

§. 4.

Nachdem wir dieses vorausgesetzt haben, wenden wir uns zu der unter den Rechtsgelehrten streitige Frage: ob eine Wittwe das ihr von einem Fremden unter der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, ausgesetzte Vermächtnis verliehre, wenn sie diese Bedingung nicht erfüllt?

i) *Nov. cit.* §. 2. Si vero transire contigerit annale tempus: damus quidem personae huic accipere quod relictum est, non absolute tamen et simpliciter, sed siquidem immobilis fuerit res, non aliter hanc accipere, nisi iuratoriam cautionem exposuerit et supposuerit suas res, (hoc tacite ex hac lege damus) ut si ad secundas venerit nuptias, reddat quod datum est, tale quale percipit restituens, et quos accepit in medio fructus. §. 3. Si vero mobilis fuerit res, si quidem idoneam habeat substantiam persona volens accipere, dari quod relictum est, sub eadem cautione et iisdem hypothecis. Sed siquidem aliquid aliud mobilium fuerit tale restitui, quale recepit, aut diminutionis medeatur partem.

Alle Rechtsgelehrte stimmen darin mit einander überein, daß, wenn jene Bedingung einer Frau von ihrem Manne vorgeschrieben ist, sie diese, falls sie das Vermächtnis nicht verliehren wolle, erfüllen müsse; allein wir glauben auch, daß dieses eben so gut geschehen müsse, wenn ein Fremder ein Vermächtnis unter jener Bedingung gemacht hat k).

§. 5.

Die Nov. 22. Kap. 44. §. 8. sagt dies ganz deutlich in den Worten: *hanc ipsam autem introducimus observantiam, et eundem intellectum etiam si non coniuges alterutris sub tali reliquerint conditione: sed aliquis alius extraneus sive viro sive mulieri sub tali conditione dari quid voluerit, scilicet fortuitorum casuum, secundum suam naturam lege super his tam in praestandis quam conservandis observanda.* Eben dies wird in der *Auth. Cui relictum C. de indict. viduit.* wiederholet: *Cui relictum fuerit quid a coniuge, vel a qualibet persona, ne secundas ineat nuptias, intra annum quidem non*

k) *Carpzov* part. 1. dec. 156. *Stryk* caut. test. cap. 16. §. 35. et cap. 20. §. 41. Idem in V. M. Tit. de cond. et demonstr. §. 6. *Böhmer* Conf. et Resp. Tom. 2. resp. 789. n. 8. *Brunquel* de condit. si non nupserit ult. volunt. adiecta. In opusc. Tom. 1. No. 5. *Herold* Diss. de legat. nuptiar. causa relictsi 1765.

non petat, nisi spes nuptiarum deficiat, post annum vero capiat, praestita cautione rei cum fructibus restituendae, si contra fecerit. Bey so klaren Gesetzen bedürfen wir keiner weitern Gründe, sondern diese müssen schon unsre Meinung sattsam beweisen.

§. 6.

Eben diese Deutlichkeit der Gesetze überhebt uns auch einer weitläuftigen Widerlegung der von einigen Rechtsgelehrten l) zur Behauptung der gegenseitigen Meinung angeführten Gründe. Man sagt nehmlich: es sey blos die Absicht des Justinians gewesen, das Julische Miscellische Gesetz wieder einzuführen, dieses Gesetz aber rede blos, wie aus der Nov. 22. Kap. 43. ersichtlich sey, von dem Falle, wenn ein Ehemann seiner Frau auf den Fall, wenn sie in dem Wittwenstande bleiben würde, was vermacht habe. Wider die Absicht des Gesetzgebers würde es also gehandelt seyn, wenn man dieses Gesetz auch auf einen andern Fall ausdehnen wollte, und das um so mehr, da nur der von dem Gesetzgeber angeführte Grund, daß nemlich die Seele des Verstorbenen nicht betrübt werde, blos auf Ehegatten passe.

l) *Franzkius* resol. lib. 1. ref. 15. nr. 30. *Lauterbach* Colleg. th. pract. Tit. de rit. nupt. §. 30. *Müller* de odio secund. nupt. cap. 11. th. 7. *Berger* dec. iur. lib. 3. Tit. 3. th. 8. not. 3.

§. 7.

Daß hier nun eine Ausdehnung des Gesetzes von einem Falle auf den andern geschehe, wird schlechterdings in Abrede gestellet, da sowol die Nov. 22. Kap. 44. §. 8. als auch die *Auth. Cui relictum C. de indict. viduit.* deutlich von Fremden reden. Wir brauchen uns also hier nicht mit analogischen Schlüssen zu behelfen, da wir die klaren Worte der Gesetze für uns haben. Und denn ist es auch eben so wenig wahr, daß jener Grund, die einzige Bewegursache zur Wiedereinführung jenes Gesetzes gewesen sey, da noch ein andrer, daß nemlich der Wille des Verstorbnen nicht unerfüllet bliebe, hiebey eintrat; und wenn es auch jener gewesen wäre, so würde doch das, bey einer deutlichen gesetzlichen Disposition, nicht weiter in Betracht kommen können.

§. 8.

Wir haben oben §. 3. gesagt, daß, wenn eine Wittwe, das ihr unter der Bedingung: nicht wieder zu heyrathen, ausgesezte Legat, erhalten, und dennoch diese Bedingung nicht erfüllt, sondern sich wieder verheyrathet habe, schuldig sey, das empfangne Legat mit samt den gehobnen Nutzungen wieder herauszugeben. Von dieser Bestimmung des gemeinen Rechts weicht das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten ab. In demselben heißt es Th. 1. Tit. 4. §. 120.

Ist

Ist jemanden ein Recht oder Vortheil unter der Bedingung, daß er seinen verwittweten Stand nicht ändre, eingeräumt worden, so kann derselbe, wenn er sich wieder verheyrathet, die gezognen Nutzungen herauszugeben, niemals angehalten werden.

---

302. Meditation.

Ein Vermächtniß, das unter der Bedingung: wenn einer heyrathen würde, hinterlassen ist, kann nicht eher als bis nach erfolgter Heyrath gefordert werden.

§. 1.

In einem gewissen Testamente waren der Titia 500 Rthlr. jedoch unter der Bedingung vermacht, daß ihr solche nicht eher, als bis sie heyrathen würde, ausgezahlet werden sollten. Nach einiger Zeit bewarb sich der Kajus um die Titia, und dieser ertheilt nicht nur das Jawort, son=

sondern es verlobten sich auch beyde in Gegenwart einiger Zeugen. Ehe aber die Ehe mittelst priesterlicher Trauung vollzogen wurde, starb der Kajus plötzlich an einem Schlagflusse. Da nun die Titia auf das ihr ausgesetzte Vermächtnis Anspruch machte, und solches von den Erben forderte, entstand die Frage: ob zur Erlangung jenes Vermächtnisses nothwendig erfordert werde, daß die Ehe würklich vollzogen werde, und ob nicht vielmehr dazu das geschlossene Verlöbnis hinreichend sey?

§. 2.

Nun schien hierbey der Titia zu statten zu kommen, daß, so oft die Erfüllung einer Bedingung durch einen Dritten gehindert wird, dieses dem Vermächtnisnehmer nicht schadet, sondern in einem solchen Falle die Bedingung für erfüllt gehalten wird a). Welchem noch hinzu kommt, daß nach der bekannten Rechtsregel, jeder Wille des Verstorbnen aufs vollenkommenste nicht nur erkläret werden b), sondern auch gegen den Erben, in zweifelhaften Fällen die Erklä-

a) *L. 24. ff. de cond. et demonst.* Iure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta conditio fuisset.

b) *L. 12. ff. de reg. iur.* In testamentis plenius voluntates testantium interpretuntur.

klärung gemacht werden muß c). Sodann bezog sich die Titia auf ein ähnliches in der *L.* 74. §. 1. *ff. ad SCtum Trebell.* enthaltnes Beyspiel, nach welchem ein Vermächtnis, welches unter der Bedingung, wenn einer 20 Jahr alt seyn würde, auch denn ausgezahlt werden muß, wenn der Vermächtnisnehmer in dem 20sten Jahre stirbt. Da ferner, wie sie weiter anführte, zwischen den Verlöbnissen und der Ehe kein großer Unterschied sey, vielmehr beyde in vielen Stücken einander gleich geachtet würden d), so glaubte sie, daß auch von ihrer Seite die ihr vorgeschriebne Bedingung für erfüllt müsse gehalten werden, und folglich ihr Anspruch auf das Vermächtnis gegründet sey.

§. 3.

Aber alles dies konnte hier für die Titia nichts bewürken. Denn so ist hier ein deutliches Gesetz da, in welchem verordnet ist, daß bey einer solchen Bedingung, diese nicht anders für erfüllt gehalten werde, als bis die Ehe würklich geschlossen sey e). Es gehören ferner alle

c) L. 13. ff. de reb. dub.

d) L. 15. et 16. ff. de nupt. L. 11. §. 7. et L. 13. §. 3. ff. ad leg. Jul. de adult. L. 15. §. 24. ff. de iniur. L. 32. §. ult. ff. de donat. inter vir. et uxor. L. 17. §. 1. ff. de reb. aut. iud. poss.

e) *L. 24. C. de nupt.* Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicunque pacto

alle die Vermächtnisse, die unter der Bedingung der Ehe hinterlassen werden, zu den bedingten Vermächtnissen, die nicht eher, als bis nach vollzogener Ehe, gefordert werden können f). Zudem ist jene, der Titia vorgeschriebne Bedingung eine sogenannte vermischte Bedingung, (conditio mixta), welche keinesweges für erfüllt zu halten ist, wenn deren Existenz durch einen Zufall gehindert wird, vielmehr bleibt bey einem solchen Falle das Vermächtnis bey dem Erben g).

§. 4.

Aus diesen hier in der Kürze zusammengezognen Gründen, mußte daher auch die Titia mit

pacto, quod ad dandum vel faciendum, vel non dandum vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempus dixerit, sive nuptias nominaverit; non aliter intelligi conditionem esse adimplendam, vel non extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas. —

f) *L.* 71. §. 3. *ff. de cond. et dem.* — ante nuptias Titio vel muliere defunctis, legatum apud heredem manet.

g) *L.* 4. *C. de cond. insert.* Legatum vel fideicommissum a patruo tuo tibi relictum sub conditione, *si filio eius nupsisses*: cum mortuo filio, priusquam matrimonium cum eo contraheres, conditio defecerit, nulla ratione deberi tibi existimas. *Conf. L.* 31-91. *ff. de cond. L.* 21. 22. *ff. quand. dies lege L.* 49. *pr. ff. de leg.* 1.

mit ihrer Klage abgewiesen werden. Denn alles das, was sie zur Unterstützung ihrer Behauptung vorgebracht hatte, war auf gegenwärtigen Fall nicht anwendbar. — Es ist zwar wahr, daß alsdenn eine dem Vermächtnisse beygefügte Bedingung für erfüllt gehalten werde, wenn ein Dritter die Erfüllung derselben hindert; aber das war hier der Fall nicht; denn der Erblasser hatte ja nicht gesagt, wenn die Titia den Kajus heyrathet, sondern jene konnte heyrathen welchen sie wollte, genug, wenn sie nur heyrathete, so war der Wille des Erblassers erfüllet. Ueberdem war der Tod des Kajus ein bloßer Zufall, dieser aber, wie §. 3. gezeigt ist, kommt bey einer solchen Bedingung nicht in Betracht.

§. 5.

Auch die Regeln: daß der letzte Wille des Erblassers aufs vollkommenste erklärt werden müsse, und daß in zweifelhaften Fällen die Auslegung gegen den Erben müsse gemacht werden: stehen uns hier nicht im Wege; denn in dem angeführten Falle war keine Erklärung nöthig, und da derselbe ganz deutlich ist, war alle Auslegung unnütz h). Hätte der Erblasser das eingegangne Verlöbnis zur Erfüllung der Bedingung für hinlänglich gehalten, so hätte er das eben

h) Man sehe hiebey Meditat. Band 3. Med. 174. §. 2. 3.

eben so leicht und gut ausdrücken können. Wie kann also hier wol ein Zweifel wegen der Willensmeinung des Verstorbenen da seyn?

§. 6.

Das aus der *L.* 74. §. 1. *ff. ad SCt. Trebell.* entlehnte Beyspiel beweiset hier ebenfalls nichts, wie aus dem, was wir darüber an einem andern Orte i) gesagt haben, erhellet. — Wenn endlich die Rechte in ein und anderm Stücke Verlöbnissen und Ehen einerley Rechte beylegen, so bleibt doch immer unter beyden ein wesentlicher Unterschied, welchen anzuführen, hier völlig überflüssig ist. Genug, daß hier in dem Vermächtnisse nicht von dem Verlöbnisse, sondern von der Ehe geredet wurde; so lange diese nicht vollzogen war, mußte aller Anspruch auf das Vermächtnis von selbst wegfallen k).

i) Meditationen B. 4. Med. 243. §. 4. 5.

k) *Carpzov* part. 3. const. 13. def. 25. *Stryk* caut. testam. cap. 20. §. 42. *Wernher* part. 9. obs. 14.

303. Meditation.

Wenn der Bürge sich zu mehrern verpflichtet hat, als der Hauptschuldner zu leisten schuldig ist: so ist deswegen die ganze Bürgschaft nicht ungültig.

§. 1.

Es ist gar keinem Zweifel unterworfen, daß sich ein Bürge weit stärker als der Hauptschuldner verbinden könne, aber zu einem mehrern kann er nicht verbunden werden. Dies lehret uns der §. 5. *J. de fideiuss.* ganz deutlich, denn es heißt darin: fideiussores ita obligari non possunt, *ut plus debeant*, quam debet is, pro quo obligantur, nam eorum obligatio est accessio principalis obligationis; nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso ut minus debeant obligari possunt; itaque si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recte obligatur; contra vero obligari non potest. Non solum autem in *quantitate* sed etiam in *tempore* minus aut plus intelligitur. Plus enim est statim aliquid dare, minus est post tempus dare.

Und eben so heißt es auch in dem allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten Th. 1. Tit. 14. §. 277. und 278.

Zu etwas mehrerm, als der Hauptverpflichtete selbst zu leisten hat, kann der Bürge niemals angehalten werden. Wol aber kann sich der Bürge zu einer bessern Sicherheit, als der Hauptschuldner, verpflichten.

§. 2.

Wenn wir nun aber annehmen, daß ein Bürge sich zu mehreren, als der Hauptschuldner zu leisten schuldig ist, verpflichtet hat, wenn er z. B. für eine Schuld von 100 Rthlr. sich auf 150 Rthlr. verbürget; ist alsdenn die ganze Bürgschaft ungültig, oder besteht sie bis auf die Summe der Hauptverbindlichkeit?

Mit so vielen und anscheinenden Gründen gleich von vielen, besonders alten Rechtsgelehrten a) behauptet wird, daß eine solche Bürgschaft

a) *Fachineus* contr. iur. lib. 8. cap. 51. *Pistor* qu. iur. lib. 3. qu. 10. nr. 18. *Connanus* comment. iur. civ. cap. 6. nr. 8. *Goddaeus* de contr. it. com. ſtip. cap. concl. 4. nr. 74. Daß nach dem römischen Recht, wo die Bürgschaft durch eine Stipulation geschah, der Bürge hier für nichts hafte, behauptet ferner Höpfner in dem Commentar über die Heinec. Instit. §. 840. S. 723. und daselbst ange-

schaft ganz ungültig sey, so halten wir doch die Meinung der Rechtsgelehrten b), die dergleichen Bürgschaften bis auf die Summe der Hauptverbindlichkeit für gültig halten, sowol der Billigkeit, als den Rechten für angemessener.

§. 3.

Beurtheilen wir diesen Fall nur blos nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts, so werden wir finden, daß unsre Meinung vor der gegenseitigen weit mehrere Vorzüge für sich hat. Denn soll nach diesen, in dem Falle, wenn ein Schuldner mehr, als er schuldig ist, versprochen hat, nicht die ganze Schuld, sondern nur das, was über dieselbe versprochen worden ist, wegfallen c), warum sollten wir denn hier eine Aus-

T 2 nahme

angeführte Rechtsgelehrte. Ferner s. man *Conradi* Diss. de fideiussore, in maiorem summam, quam quae debetur, adhibito. 1724. Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen B. 3. St. 6.

b) *Carpzov* part. 2. const. 19. def. 9. *Struv* ex. 47. §. 40. *Hering* de fideiuss. cap. 24. nr. 52. *Stryk* V. M. Tit. de fideiuss. §. 9. *Berger* oecon. iur. Lib. 3. Tit. 3. §. 10. *Schmid* de fideiussore plane non obligato Sect. 2. §. 1. *Walch* introd. in controv. iur. civ. Sect. 3. Cap. 4. membr. 2. subs. 2. §. 7. edit. rec.

c) *L.* 11. §. 1. *ff. de const. pec.* Si quis centum aureos debens, ducentos constituat, in centum

nahme machen, da es doch in der That einerley ist, ob der Schuldner selbst, oder der Bürge mehr als er schuldig ist, verspricht. Ja wenn es eine allgemeine Rechtsregel ist: *utile per inutile non vitiatur* d), wenn nemlich letzteres von erstern getrennet werden kann e); so ist auch nach dieser Regel immer der Bürge bis auf die Summe der Hauptverbindlichkeit verhaftet.

§. 4.

Aber wir würden auf diese allgemeine Grundsätze nicht so vieles bauen können, wenn diese nicht durch andre Gründe noch mehr unterstützet würden. So wird in der *L. 23. ff. mandat. vel contr.* f) der Unterschied gemacht, ob

centum tantum modo tenetur, quia ea pecunia debita est, ergo et is, qui sortem et usuras, quae non debebantur constituit, tenebitur in sortem duntaxat.

d) Cap. 37. de reg. iur. in 6*to*.

e) *L. 20. ff. de usur.* Vsuras illicitas sorti mixtas, ipsas tantum non deberi constat, caeterum sortem non vitiari. *Conf.* L. 29. ff. eod. tit. L. 31. §. 2. ff. de donat. inter vir. et uxor.

f) Rogatus ut fideiuberet, si in minorem summam se obligavit, recte tenetur, si in maiorem Julianus putat, quod a plerisque responsum est, cum qui maiorem summam quam rogatus erat, fideiussisset, hactenus mandati actio-

ob ein Bürge sich zu wenigern oder mehrern, als die Hauptschuld beträgt, verbindlich gemacht hat, und in beyden Fällen behauptet, daß der Bürge aus der Bürgschaft verhaftet sey, jedoch aber, wie es sich auch von selbst versteht, in dem ersten Falle nur auf so viel, als er versprochen hat g). Hat er aber, wie hier der Fall ist, mehr versprochen, so soll nach jenem Gesetze dem Bürgen actio mandati gegen den Hauptschuldner zustehen. Es folgt also hieraus, daß nicht die ganze Bürgschaft ungültig seyn könne, denn wäre das, wie könnte denn wohl der Bürge gegen den Hauptschuldner eine Klage haben?

§. 5.

Ferner ist es bekannt, daß, wenn bey einer Stipulation mehr versprochen worden als gefordert ist, die Stipulation dennoch auf die geforderte Summe gelte h), und zwar aus dem

actionem habere, quia id fecisset, quod mandatum ei est, nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem eius spectasse videtur, qui rogavit.

g) M. s. den in §. 1. angeführten §. 5. J. de fideiuss.

h) *L. 1. §. 4. ff. de verb. obl.* Si stipulanti mihi decem tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat: ex contrario si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in

Grunde, weil immer die kleinere Summe in der größern mit enthalten ist. Dieser Grund paßt auch eben so gut auf Bürgschaft, und muß auch eben so gut auf sie passen, da Bürgschaften eine Art der Stipulation sind.

§. 6.

Dies wird zum Beweise unsrer Meinung hinreichend seyn, so daß uns jetzt nichts mehr übrig bleibt, als auf die gegenseitigen Gründe zu antworten. Der Hauptgrund liegt in der *L. 8. §. 7. ff. de fideiuss.* worin es so heißt: *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur; quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari, in leviorem plane causam accipi possunt.* Dem ersten Anblick nach, scheinet dieses Gesetz die gegenseitige Meinung offenbar zu begünstigen. Denn so heißt es ganz deutlich, daß, wenn einer sich stärker verbinde, eine solche Verbindlichkeit gar nicht gelten solle.

§. 7.

Wir wissen zwar wol, daß dieses Gesetz von vielen so erkläret wird, daß die Lesart *omnino non obligari*, in *non omnino obligari* verändert wird; und eben so ist es uns bekannt, daß in vielen

in decem non erit contracta, licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse.

vielen Stellen der Gesetze i) die Verneinungs-Partikel da, wo sie vorstehen mögte, nachgesetzt werde. Allein wir glauben, daß es einer solchen Veränderung hier gar nicht bedürfe. Denn wenn es heißt, daß der Bürge gar nicht verbunden sey, so versteht sich das nur von der Art, wie er sich verbunden hat; also ein Bürge, der sich für 100 Rthlr. auf 150 Rthlr. verbunden hat, dessen Bürgschaft gilt nicht auf 150 Rthlr. Daß dies Gesetz so verstanden werden müsse, ist daraus klar, weil hier die Frage nicht davon ist, ob ein Bürge, der sich zu mehrern verpflichtet hat, gar nicht verbunden sey, sondern darüber: ob in Ansehung des mehrern eine solche Bürgschaft gültig sey. Dies bestärkt selbst der Nachsatz jenes angeführten §. *Propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest, enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure non obligabitur.* Denn hier wird gesagt, daß ein Bürge für eine bedingte Schuld sich nicht unbedingt verbürgen könne, nicht aber, daß er, wenn er solches gethan hat, gar nicht verpflichtet sey.

§. 8.

Zweitens sagt man, es sey eine allgemeine durch die Gesetze bestärkte Regel: daß, so oft der

i) Beweise davon geben folgende Stellen: *Licet unus status non sit* L. 9. §. 1. ff. si quis caut. in

der Bürge sich für etwas anders, als der Hauptschuldner zu leisten schuldig sey, verbunden habe, die Bürgschaft wegfalle k). Wenn man also annehme, daß ein Bürge sich für 100 Rthlr, auf 150. Rthlr. verbürget habe, so habe er sich auch für eine ganz andre und zwar für eine solche Summe, die der Hauptschuldner nicht schuldig sey, verbürget; und müsse daher nach obiger Regel die Bürgschaft wegfallen.

§. 9.

Wir können es zugeben, daß eine Bürgschaft ungültig sey, wenn ein Bürge sich für eine andre Sache verbürget, als der Hauptschuldner zu leisten verpflichtet ist, aber das ist hier auch der Fall nicht. Denn hier ist ja ein und eben dieselbe Sache, und nur in Ansehung der Summe ist zwischen der Bürgschaft und Hauptschuld ein Unterschied. Der Bürge hat durch Uebernehmung der Bürgschaft in die Schuld der 100 Rthlr. gewilliget, und nur das, was er über die-

in iud. *ita et cibaria potest non recusare* L. 11. §. 1. ff. ad exh. — *et verius est unius nuntiationem omnibus non sufficere* L. 5. §. 11. de oper. nov. in act.

k) *L. 42. ff. de fideiuss.* Si ita fideiussorem accepero: quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes? non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest.

diese versprochen hat, fällt als ungültig weg. Wollte man auch jene Regel so uneingeschränkt annehmen: so würde folgen, daß ein Bürge sich auch nicht zu wenigern verpflichten könne, als die Hauptschuld beträgt, welches aber doch gegen die Gesetze ist.

§. 10.

Eben so wenig stehet uns nun auch noch das aus dem §. 5. *I. de inut. stip.* hergenommene Argument entgegen. In diesem §. heißt es: *praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quae interrogatus fuerit, non respondeat; veluti si quis decem aureos a te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Hieraus schließt man, ist eine Stipulation alsdenn ungültig, wenn der eine 10 fordert, und der andre 5 verspricht, oder umgekehrt, so muß es auch eben sowol eine, auf eine solche Art eingegangne, Bürgschaft seyn.

§. 11.

Aber auch dieser Schluß, und die daraus gezogne Folge ist falsch. Denn Justinian sagt nicht, daß eine solche eingegangne Stipulation ungültig, sondern daß sie von keinem Nutzen sey, das ist, wie in dem, in der (Note g) angeführten, Gesetze gesagt wird, daß, wenn einer 10 fordert, der andere aber 20 verspricht, die Stipulation nur bis auf 10 bestehe.

Wir könnten hier noch mehrere Gründe anführen; aber die übrigen sind von weniger Bedeutung, und lassen sich aus dem, was wir hier gesagt haben, leicht widerlegen.

---

304. Meditation.

Ob ein Privilegium real oder personal sey, muß mehr aus dem Sinne desselben, als aus dessen Worten dargethan werden, und läßt sich hierüber keine bestimmte Regel angeben. Ein Fall davon:

§. 1.

Es entstehet nicht selten der Fall, daß über die Eigenschaft eines Privilegiums, ob solches für real oder personal zu halten sey, ein weitläuftiger Streit entstehet; und deswegen halten wir es auch nicht für überflüssig, hier einen Fall einzurücken, wo die Frage über die Realität und Personalität eines Privilegiums zur Untersuchung kam.

Ein Besitzer verschiedener Landgüter, von welchen seine Voreltern die Freiheit von den

sonst

sonst gewöhnlichen Abgaben und Lasten, vermittelst eines landesherrlichen Privilegiums ausgewirkt hatten, verkaufte solche als frey an einen Fremden, und weil gleich nach dem Verkauf dem Käufer Zweifel beyfiel: ob jenes Freiheitsprivilegium auch auf den Gütern selbst, oder nur auf der Person hafte: so wurde deshalb die Frage darüber dem Landesgerichte zur Entscheidung vorgetragen. Um selbst in dem Stande zu seyn, diese Sache beurtheilen zu können, müssen wir den wesentlichen Inhalt des Privilegiums einrücken.

§. 2.

Dieses landesherrliche Privilegium lautete so:

Nachdem Uns unser N. N. zu verstehen gegeben, wasmaßen unsre Vorfahren, die, vormalen seinem Vater N. N. concedirte Freiheit seiner Güter zu B. und dabey gehörigen Kruggerechtigkeit, auch Brau- und Brandteweinsbrennerey, nebst Garten, und freien A. Stätte auf ihn und einen seiner Kinder, besage des Begnadigungs-Briefes von ꝛc. extendiret, mit Bitte, Wir geruhen mögten, solche Freiheit seiner Güter und dazu gehörigen Pertinenzien, seinen sämmtlichen Nachkommen erblich beyzulegen, und dieselbe in Unseren und Unsrer Kanzley speciellen und besondern Schirm, mit Aufhebung des Amtszwanges, aufzunehmen, des Erbietens,

tens, Uns jemand gegen anderweitiges Aequivalent zu stellen, welcher die Hofgerichtssteuer und das Kuhgeld für ihn übernehmen, daß wir solchem seinen Suchen, in Consideration seiner uns geleisteten, und ferner zu leistenden treuen Dienste, in Gnaden deferiret: thun dies auch hierdurch und Kraft dieses, dergestalt, daß bemeldetes Gut zu B. nebst vorangezogenen Pertinenzien, insbesondere auch denen dabey anjetzt befindlichen, ohnedem freien Zuschlägen, von nun an bis zu ewigen Zeiten, von allen oneribus, als Contribution, Dienst, Pacht ꝛc. befreiet, und Uns und Unsern Erben, nach billigmäßigem Anschlag nur davon die Rittersteuer reserviret, in übrigen dasselbe und dessen Besitzer bemeldeter Unser N. N. und dessen Nachkommen, in Unserm und Unsrer Kanzley besondern Schutz und Schirm aufgenommen, und von dem Amtszwange eximiret seyn sollen; bey welcher Freiheit und Exemtion Wir vor Uns und Unsere Nachkommen gnädigst versprechen, dieselben jederzeit zu schützen und zu erhalten ꝛc.

§. 3.

Der begnadigte und jetzige Verkäufer der Güter führte für seine Behauptung, daß dieses Privilegium ein privilegium reale sey, mithin auf den Gütern hafte, und auf jeden Besitzer der-

derselben übergehe, hauptsächlich an: das Privilegium sey nicht auf Erben, sondern Nachkommen, folglich auf omnes singulares possessores gerichtet, und heiße es ausdrücklich darin:

> solche Freiheit seiner Güter, und dazu gehörigen Pertinenzien, seinen sämmtlichen Nachkommen erblich beyzulegen ꝛc.

und am Ende:

> im übrigen dasselbe und dessen Besitzer bemeldeter unser N. N. und dessen Nachkommen ꝛc.

Aus den Rechten a) sey es aber bekannt, daß das Wort Nachkommen, oder successores, alle diejenigen in sich begreife, qui vel hereditario vel singulari iure rem accipiunt, und dieser Ausdruck immer ein privilegium reale festsetze b); auch überhaupt dergleichen Begnadigungen dergestalt zu erklären seyn, ut perpetua sint, atque adeo ad quemlibet rei possessorem transeant c), zumal nach jenem Privilegium nicht allein die Nachkommen, sondern auch die Besitzer die Freiheit genießen sollten.

§. 4.

a) L. 7 und 8. ff. de iureiurando. L. 1. §. 3. ff. quod legator.

b) *Pufendorf* Tom. 4. obs. 25. Wiesand im juristischen Handbuch s. v. Nachkommen. Versuch eines vollständigen kritischen Wörterbuchs der hochdeutschen Mundart s. v. Nachkommen.

c) Cap. 16. de regul. iur. in *6to* arg. L. 7. §. 2. ff. de pactis.

§. 4.

Gegen diese angeführten Sätze läßt sich folgendes erinnern: das Wort Nachkommen bedeutet nach der Meinung mehrerer Rechtsgelehrten nicht so viel als das lateinische Wort successor, sondern darunter werden eigentlich nur descendentes und posteri verstanden. *Leyser* sagt darüber in *spec.* 11. *med.* 1.

Nam quod ad vocem Nachkommen attinet, male illa *successores* vertitur, cum successores potius Nachfolger dicantur. Sed per Nachkommen intelliguntur *posteri*. At posterorum appellatione liberos tantummodo contineri, nequaquam incertum est, ut Modestinus in lege 83. §. 1. ff. de legat. 3. inquit.

Es behauptet nun zwar der angeführte *Pufendorf in Tom.* 4. *obs.* 25. privilegium in heredes quoque scriptum non immerito a D. D. iuris reale haberi, quod in possessores rei omnes transeat, und beziehet sich auf *Heineccii Resp.* 109. Struvens Erklärung rechtlicher Wörter *voc.* Erben und den von diesem angeführten *Berger in resp.* allein Heineccius sagt selbst, daß die Wörter Erben und Nachkommen so viel wie descendentes bedeuten; jedoch setzt er hinzu: die Wörter Erben und Nachkommen, quae alias descendentes tantum comprehendunt, in exemtione praedii a iurisdictione ordinaria privilegium

um reale continere, quod cum ipso praedio in quemcunque possessorem transferatur.

§. 5.

Ferner scheint jenes Privilegium selbst die Auslegung für ein privilegium personale an die Hand zu geben, weil die Freiheit dieser Güter, welche vorhin auf den ersten Begnadigten und eines seiner Kinder gerichtet war, jetzo von dessen Sohne nur auf seine sämmtlichen Nachkommen oder Descendenten nachgesucht, und auch nur in dem Verstande ertheilet ist.

§. 6.

Dann läßt sich aus dem Ausdruck in dem Privilegium: daß das Gut nebst den Pertinenzien, von nun an bis zu ewigen Zeiten von allen *oneribus* befreiet, und dessen Besitzer bemeldeter *N. N.* und dessen Nachkommen dem Kanzley-Schutz unterworfen, und von dem Amtszwange eximiret seyn sollen; dem Anschein nach, noch kein Privilegium reale herleiten, weil diese ewige Zeit, und die Besitzer des Guts, durch den Zusatz auf bemeldeten N. N. und dessen Nachkommen, welche dem, in ersterm Privilegium benannten, einen Kinde, substituiret sind, eingeschränkt werden, und auch um so mehr hierauf zu restringiren sind, da nach den Rechten ein privilegium immunitatis, als welches gewöhn-

wöhnlich zum Nachtheil anderer gereichet, im Zweifel eher für personal als real zu halten ist, besonders wenn es aus bloßer Gnade ertheilet worden d).

§. 7.

Endlich giebt auch die, in erwähntem Privilegium vorkommende Stelle:

> daß Wir solchem seinen Suchen, in Consideration seiner uns geleisteten und ferner zu leistenden treuen Dienste, in Gnaden deferiret,

nicht undeutlich zu erkennen, daß gedachtes Privilegium blos zu den privilegiis gratiosis gehöre, die keinesweges auf den dritten Besitzer einer Sache übergehen. Es sagt hierüber *Stryk in diss. de privilegiis titulo oneroso quaesitis cap.* 2. §. 11.

> Solent vero non tantum privilegia indulgeri ob bene merita iam praestita, sed etiam ob futura, seu ut bene merita praemiis provocentur a Principibus. Hinc plerumque addi solet eiusmodi concessionibus clausula: wegen der treuen Dienste, so er uns erwiesen, oder noch erweisen kann oder mag.

d) *L.* 1. §. 1. und 2. *ff. de iur. immunit.* Personis datae immunitates heredibus non relinquuntur. Sed et generi posterisque datae custoditaeque, ad eos, qui ex foeminis nati sunt, non pertinent.
Gail lib 2. *obs.* 2. *nr.* 13. 14.

mag. De quibus iam dispiciendum, an ut quatenus in classem privilegiorum titulo oneroso acquisitorum referri possint? Et quidem in aprico esse videtur, tale privilegium esse mere gratiosum, si praeterea nihil aliud pretii rationem habens intervenit. Neque hic adest, quod compensari potest, nihil quod remunerari: et aliud est, provocare aliquem, de quo maxinam spem concepit respublica ad bene merita, et aliud ad bene merita compensare.

§. 8.

Sodann ist bekannt, daß in allen den Fällen, wo Zweifel entstehen, ob ein Privilegium für personal oder real zu halten sey, nach der Meinung einiger Rechtsgelehrten e), ohne auf den Unterschied zu sehen, ob es ein privilegium gratuitum oder onerosum ist, solches für ein privilegium personale gehalten werden müsse, und daß auch überhaupt keine ausdehnende Erklärung bey einem privilegium statt finde.

§. 9.

Ohnerachtet dieser angeführten Gegengründe, wurde doch aus folgenden, mehr mit der Intention des Privilegiums übereinkommenden, Grün=

e) *Walch* introd. in contr. iur. civil. cap. 2. §. 4.

Gründen, dieses Privilegium für real, und auf den Gütern haftend gehalten.

Erstens suchte der Impetrant bey dem Landesherrn darum nach, die gebetene Freiheit seiner Güter mit den dazu gehörigen Pertinenzien, seinen sämmtlichen Nachkommen, erblich beyzulegen, und dieselbe mit Aufhebung des Amtszwanges in den Kanzley-Schirm aufzunehmen. Das Wort erblich heißt zwar nach dem niedersächsischen Sprachgebrauch, wie Homburg *Resp.* 17. *nr.* 8. ebenfalls so annimmt, so viel als eigenthümlich, und kommt nicht her vom substantivo masculino Erbe, sondern vom neutro das Erbe, allodium, praedia propria f). Wenn also der Impetrant hiernach solche Freiheiten für seine sämmtliche Nachkommen erblich haben wollte; so verlangte er, daß sie darüber, wie über ihr Eigenthum zu disponiren, folglich auch solche Freiheiten mit den Gütern an andere zu übertragen befugt seyn sollten.

§. 10.

Zweytens ist dem Suchen des Impetranten, ohne die mindeste Einschränkung gewillfahret, und die Begnadigung so ertheilet, daß dieses erblich nachgesuchte Privilegium, unmittelbar dem Gute selbst mitgetheilet ist; dahin nehmlich, daß erwehntes Gut N. N. nebst den be-

f) *Tabor* de pactis dotal. pag. 70. *Besold* thesaur. pract. voce erblich.

bemerkten Pertinenzien, insbesondere auch die dabey befindliche ohnedem freie Zuschläge, von nun an bis zu ewigen Zeiten, von allen Lasten befreiet, und gegen Vorbehalt der Rittersteuer, dasselbe und dessen Besitzer, der N. N. und dessen Nachkommen, in den Kanzlerschutz aufgenommen und von dem Amtszwang eximiret seyn sollen. Diese Exemtion vom Amtszwang wird erst dem Gute, und nachher dessen Besitzern ertheilet, darauf zwar des N. N. und seiner Nachkommen erwehnet, aber nicht restrictive, weil dieses Guts und dessen Besitzer, eben so wie des Impetrantens und seiner Nachkommen und unter leztern, andere Besitzer, nicht ausgeschlossen sind, auf welchen gegenseitigen Fall sonst, da das Gut vorher, ehe die Besitzer genannt, schon frey gemacht war, dieses deutlich und auf eine einleuchtende Art hätte geschehen müssen.

§. 11.

Drittens kommt hiezu noch, daß der Impetrant des Privilegiums zu der Rittersteuer einen gewissen festgesetzten Beytrag entrichtet, und so in diesem Stück eine andere Abgabe, statt der vorigen auf das Gut N. N. genommen, und zur andern Kasse contribuiret hat, woraus realitas privilegii um so mehr hervorgehet, da die Rittersteuer nicht von der Person, sondern von den Gütern entrichtet wird.

§. 12.

Bei allen diesen kann es also auch nicht mehr darauf ankommen, ob vorerwähntes Privilegium zu den gratiosis oder remuneratoriis gehöre, so wie denn auch gleichfalls das in keinen Betracht kommen kann, was in §. 8. gesagt worden ist. Denn giebt es gleich Rechtsgelehrte, die in zweifelhaften Fällen die Privilegien für personal gehalten wissen wollen, so giebt es dagegen andre, die demselben mit Grund widersprechen g). Zudem ist hier auch nicht ein solcher Zweifel vorhanden, wie aus dem, was wir hierüber angeführt haben, klar ist.

§. 13.

Die im §. 4. 5. 6. 7 und 8. angeführten Gegengründe, welche allerdings nicht unerheblich sind, sind jedoch in den folgenden Paragraphen gehoben, und darinn aus dem wahren Sinne des Privilegiums dargethan, daß selbiges darnach für real und auf den Gütern haftend, zu halten sey. Ueberhaupt muß man, und ist auch Regel, einen jeden Kontrakt, jedes Gesetz, Privilegium ꝛc. nicht blos nach den dürren Worten, sondern nach dem Sinne, und der Intention der Kontrahenten, des Gesetzgebers und des Verleihers erklären. Hätte man das in dieser Meditation angeführte Privilegium, blos

g) *Cocceji* Ius contr. Tit. de const. princ. qu. 4. *Stryk* de privilegiorum interpretatione.

blos nach den Worten, und nach der Meinung des Leysers, der unter dem, in dem Privilegium gebrauchten Wort Nachkommen nur descendentes und posteri verstehen will, erklären wollen: so würde das von den lasten befreiete Gut bey dem Verkauf um alle seine Freiheiten gekommen seyn; ohne daß der Verleiher des Privilegiums, dem gewiß der von Leyser gemachte Unterschied zwischen Nachkommen und Nachfolger nicht bekannt war — solches gewollt hätte. Es ist deshalb immer eine sehr gewagte, und nicht auf Gründen beruhende Meinung und Behauptung, wenn man solchen in der deutschen Sprache ganz ähnlichen Worten, als Nachkommen und Nachfolger, so ganz verschiedene Begriffe unterlegen will. Eher sollte man auf den Sinn und die wahrscheinliche Meinung eines etwa vorkommenden dunklen Ausdrucks, mit Rücksicht auf den ganzen Inhalt, hinweisen, als zu solchen gezwungenen Erklärungen seine Zuflucht nehmen.

§. 14.

Müller in promtuar. iur. Tom. 5. edition. 2*dae* pag. 2. f. v. Nachkommen nr. 2. macht bey richtiger Auslegung, des, in den Privilegien gebrauchten Ausdrucks: Nachkommen, wenn die Meinung des Verleihers des Privilegiums nicht ganz klar ist, folgende Destinktionen. Entweder der Verleiher hat, bey dem Ausdruck Nachkommen I. zugleich auf eine

gewisse Sache Rücksicht genommen, und den Sinn desselben damit verbunden: z. B. er sagt. Ich ertheile N. N. das Privilegium, auf seinem Gute Bier brauen und verzapfen zu können, und will, daß dieses Privilegium auf alle Nachkommen bei dem Gute gehe; alsdenn werden unter den Nachkommen nicht allein Kinder, sondern auch alle Nachfolger in dem Gute verstanden. Denn hier kann man die Nachfolge nicht blos auf die Kinder einschränken, weil auch sehr oft andere, als Kinder, Nachkommen des Guts werden h) oder nicht. Hier hat II. der Verleiher entweder das Wort Erben noch zugefügt, 1) und das Privilegium den Erben und Nachkommen, d. i. des Privilegirten Person, Erben und Nachkommen verliehen. In diesem Falle kann das Privilegium nicht auf die Kinder allein eingeschränkt werden, denn es ist nicht zu vermuthen, daß der Verleiher sich des Ausdrucks Nachkommen vergebens bedienet habe, und durch denselben weiter nichts, als was schon unter dem Worte Erben begriffen, verstanden wissen wolle. Daher müssen, nach richtiger Erklärung, unter Erben die Descendenten, und unter Nachkommen auch die übrigen Intestaterben verstanden werden i) — 2) oder er hat

schlecht:

h) L. 4. ff. de iur. immun. *Brissonius* de verbor. signif. Lib. 14. p. 1083.

i) *Wehner* obs. pract. s. v. Nachkommen. *Heineccius* resp. 109. nr. 7.

schlechtweg den Nahmen Nachkommen gebraucht. a) Alsdann ist entweder von einer moralischen Person die Rede; auf welchen Fall unter Nachkommen nicht Kinder, sondern jede Nachfolger, welche die moralische Person vorstellen, zu verstehen sind k) — oder nicht. Hier konnte b) der Verleiher bei Ertheilung des Privilegiums vermuthen, daß der Privilegirte noch aa) Descendenten hinterlassen werde; und dann ist der Ausdruck Nachkommen nur auf die Descendenten einzuschränken; — bb) oder er konnte dies nicht, dann muß man unter jenem Ausdruck natürlich die Intestaterben verstehen, weil sonst das Privilegium keine Würkung haben würde.

k) Quistrop in den Erläuterungen verschiedener Rechtsmaterien, Saml. 1. No. 4.

305. Meditation.

Der Aufschub, welchen der Gläubiger seinem Schuldner giebt, hat nicht die Würkung, daß der Bürge von seiner Bürgschaft frey werde.

§. 1.

Es ist eine streitige Rechtsfrage: ob ein Bürge dadurch, wenn der Gläubiger nach Ablauf des Zahlungstermins seinem Schuldner weitre Nachsicht giebt, von seiner Verbindlichkeit frey werde? Berlich a), der die verschiednen Meinungen der Rechtsgelehrten in Ansehung der Entscheidung dieser Frage gesammelt, und die Gründe für jede angeführt hat, giebt sieben von einander ganz abweichende Meinungen an. Ohne uns hier weiter auf das, was für jede derselben gesagt wird, einzulassen, wollen wir solche hier nur kürzlich anführen. Die erste Meinung ist: daß der Bürge, durch den, dem Hauptschuldner gegebnen Aufschub, seiner Bürgschaft entlediget werde, wenn er nicht in diesen Aufschub gewilliget hat. Die zweite ist dieser grade entgegen, da nach derselben der Bürge doch

a) concl. pract. part. 2. concl. 25.

doch verhaftet bleibt. Nach einer dritten Meinung soll man einen Unterschied zwischen der vergangenen und zukünftigen Zeit machen, dergestalt, daß, wenn der Bürge sich auf eine gewisse Zeit verbürget hat, und in einem solchen Falle Zahlungsfrist gegeben worden, der Bürge nur in Ansehung der vergangenen Zeit verhaftet bleibt. Wieder andre, und das ist die vierte Meinung, unterscheiden die Fälle: ob die Verlängerung der Zahlungsfrist zu der Zeit geschieht, wenn die Hauptverbindlichkeit geendigt ist; oder vor Ablauf derselben, in welchem letztern Falle der Bürge nur verhaftet bleiben soll. Die fünfte Meinung geht dahin: man müsse darauf sehen, ob die in der Hauptverbindlichkeit bestimmte Zeit dergestalt derselben zugefügt worden, daß der Hauptschuldner nur bis auf diese Zeit verbunden seyn soll; und denn werde der Bürge, wenn dem Hauptschuldner Zahlungsfrist gegeben, von seiner Bürgschaft frey; oder ob die Zeit nur in der Absicht zugefügt worden, daß alsdenn die Zahlung geschehn; und dann bleibe der Bürge verhaftet. Noch andre wollen, welches die sechste Meinung ist, daß man darauf sehen müsse, ob der Gläubiger die Zahlungsfrist verlängert habe, ohne die zwischen demselben, und dem Schuldner bestandne alte Verbindlichkeit aufzuheben; oder ob er eine neue Verbindlichkeit mit demselben eingegangen sey; in dem letztern Falle werde, wegen der darin liegenden Novation, der Bürge seiner

Bürgschaft entledigt. Die siebente und letzte Meinung gründet sich in den Unterschied, ob der Bürge ohne Bestimmung einer Zeit sich verbürget habe; und dann bliebe er bey dem, seinem Hauptschuldner gegebenen Aufschub verhaftet; oder ob er nur auf eine gewisse Zeit die Bürgschaft übernommen, und denn höre mit Ablauf der Zeit seine Verbindlichkeit auf. Von diesen von einander so sehr abweichenden Meinungen, halten wir diejenige für die gegründeteste nach welcher durch eine solche geschehene Verlängerung des Zahlungstermins der Bürge von seiner Bürgschaft nicht befreiet wird. b).

§. 2.

Ehe wir die Gründe für diese unsre Meinung anführen, müssen wir, zur Vermeidung alles Misverständnisses, einiges zum voraussetzen. Wenn nehmlich bey der Hauptschuld eine Zeit festgesetzt ist, so geschieht das entwe-

b) *Card. Tusch* concl. pract. Tom. 3. cap. 317. nr. 27. *Coler* dec. germ. dis. 30. *Carpzov* part. 2. const. 19. def. 1. *Mynsinger* obs. cent. 6. obs. 53. *Mevius* ad Jus Lubec. lib. 3. Tit. 5. art. 1. nr. 38. *Vinnius* select. iur. qu. lib. 2. cap. 42. *Walch* introd. in contr. iur. civ. recent. Sect. 3. cap. 4. subs. 2. §. 12. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 73. *Claproth* Iurisprud. heurem. §, 251. von Quistorp in den rechtl. Bemerkungen Th. 1. Nr. 89. S. 307.

weder in der Absicht, daß nach Ablauf dieser Zeit die Hauptverbindlichkeit aufhören, oder aber die Zahlung geleistet werden solle. Ist das erstre, so kommt es wieder darauf an, ob nach Ablauf des Zahlungstermins, bey verstatteter längerer Nachsicht, die vorherige und jetzige neue Verbindlichkeit des Hauptschuldners ein und eben dieselbe bleibt, z. B. wenn der Gläubiger das Kapital, welches er ohne Zinsen auf eine gewisse Zeit seinem Schuldner vorgestreckt hat, nach Ablauf dieser Zeit, dem Schuldner gegen Verzinsung in Händen läßt. In einem solchen Falle wird der Bürge von seiner Bürgschaft frey. Wenn aber die jetzige neue Verbindlichkeit des Hauptschuldners von der vorhergehenden verschieden ist, so haftet der Bürge nur für das vergangne, nicht für das folgende. Hieher gehöret der Fall, wenn sich einer für einen z. B. auf 3 Jahre eingegangnen Pachtkontrakt verbürget, der Verpächter aber nach Ablauf dieser Pachtjahre den Kontrakt noch auf 3 Jahre verlängert, da alsdenn der Bürge nur für die 3 erstehen, nicht aber für die 3 nachfolgenden Pachtjahre haftet. Hat nun aber weiter ein Bürge für eine Forderung gut gesagt, die auf einen gewissen Termin zahlbar ist, ohne für die Dauer der Bürgschaft eine Zeit zu bestimmen; dann wird der Bürge durch die dem Hauptschuldner gegebne Nachsicht, von seiner Bürgschaft nicht frey.

§. 3.

§. 3.

Wenn man auf diese hier gemachte Unterschiede gehörig merkt; so wird man finden, daß die verschiednen Meinungen der Rechtsgelehrten größtentheils in der Vermischung dieser Fälle ihren Grund haben. Wir sagen also: daß ein Bürge, der sich für eine auf einen gewissen bestimmten Termin zahlbare Forderung verbürget hat, dadurch nicht von seiner Bürgschaft los werde, wenn der Gläubiger nach Ablauf des Termins denselben verlängert hat; es wäre denn, daß der Bürge nur bis auf diesen festgesetzten Termin, die Bürgschaft übernommen habe.

§. 4.

Schon die natürliche Billigkeit, ohne einmal auf das zu sehen, was deshalb die positiv Gesetze verordnen, unterstützet unsre Behauptung. Die Bürgschaft an und für sich selbst, ist ein mit vieler Gefahr verknüpftes Geschäft, eben diese Gefahr aber, und da ein Bürge so vieles wagen muß, bringt es schon mit sich, daß keiner sich für einen verbürget, als den er nicht für hinlänglich sicher hält. Ein Bürge muß daher nothwendig, wenigstens wenn er klug handeln will, die Vermögensumstände des Hauptschuldners kennen, oder sichere Erkundigung darüber einziehen; und dies muß ihn bestimmen, ob er die Bürgschaft übernehmen wolle oder nicht.

§. 5.

Von einem Bürgen, der diese Vorsichtsregeln beachtet, und daß er dies gethan habe, muß man wenigstens von jedem vernünftigen Menschen vermuthen, ist es gar nicht glaublich, daß er sich für einen solchen verbürgen solle, den er nur auf eine gewisse Zeit für sicher hält. Denn wer kann ihm dafür gut seyn, daß nicht der Hauptschuldner auch innerhalb dieser Zeit unsicher werde? Es ist also immer die Vermuthung da, daß ein Bürge, so lange der Hauptschuldner seinem Gläubiger verhaftet ist, auch demselben verhaftet bleiben wolle, wenigstens ist es seiner eignen Schuld beyzumessen, daß er sich nicht besser vorgesehen, und bey Eingehung der Bürgschaft sich nicht ausdrücklich ausbedungen hat, daß er nicht länger als auf die bestimmte Zeit verhaftet bleiben wolle.

§. 6.

So redet die natürliche Billigkeit, und diese gründet sich auch in den Gesetzen. Es ist eine allgemeine Rechtsregel c) accessorium sequitur suum principale; wenn nun, wie wol nicht nöthig zu erweisen ist, die Bürgschaft ein accessori-

c) *L.* 129 *et* 178. *ff. de reg. iur.* Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent. — Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

sorium der Hauptverbindlichkeit ist; so muß diese auch nothwendiger Weise so lange bestehen, bis die Hauptverbindlichkeit aufhöret. Aber, wird man uns einwenden, würde denn nach dieser Regel nicht in allen und jeden Fällen, der Bürge, so lange als der Hauptschuldner verhaftet ist, verhaftet bleiben, selbst in den in §. 2. angeführten? Dieser Einwurf trift uns nicht, denn dort hörte die alte Hauptverbindlichkeit ja auf, und es trat eine neue Hauptverbindlichkeit ein, und da war also die Regel, corruente principali corruit accessorium. Hier aber, wo nur blos der Zahlungstermin verlängert wird, wird keine neue Hauptverbindlichkeit konstituiret, da es bekannt ist, daß die Verlängerung der Zahlungsfrist, nicht zu den Arten, wodurch eine Verbindlichkeit aufgehoben wird, gehöret.

§. 7.

Aber nicht blos diese allgemeine Grundsätze beweisen die Wahrheit unserer Meinungen, sondern diese wird durch die Gesetze eben so entschieden. Wir berufen uns hier auf die *L.* 58. §. 1. *ff. de fideiuss.* die folgendes enthält: *cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio; veluti si moram fecit in Sticho solvendo et is decessit.* Daß dieses Gesetz von einem solchen Falle rede, in welchem der Hauptschuldner den Zahlungstermin nicht inne gehalten, und solcher daher von dem Gläubiger weiter erstreckt worden sey, ist ohne

Wi-

Widerspruch aus dem Gesetze selbst klar. Daß aber auch eben sowol gleich Anfangs ein Bürge dieser Verbindlichkeit hinzugetreten, nicht aber erst da derselben beygetreten sey, als der Gläubiger dem Schuldner Nachsicht gab, lehrt der Ausdruck *fidejussoris durat obligatio*. Denn wie konnte diese Verbindlichkeit von Seiten des Bürgens fortdauren, wenn keine da war, und wie konnte es eben so gut heißen, daß sie fortdaure, wenn diese Nebenverbindlichkeit erst da der Hauptverbindlichkeit hinzukam; sie dauerte ja alsdenn nicht fort, sondern fieng erst an.

§. 8.

Weiter lehren uns auch die Rechte d), daß, wenn der Hauptschuldner in der Bezahlung säumig ist, dieser Verzug (mora) auch dem Bürgen schade. Wenn nun die geschehene Verlängerung des Zahlungstermins immer einen Verzug von Seiten des Gläubigers zum voraus setzt; wenn weiter durch diesen Verzug, wie die Gesetze sagen, der Bürge von seiner Verbindlichkeit nicht frey wird, so kann ers auch nicht durch die dem Schuldner gegebne Nachsicht werden. Daß dieser Schluß ganz richtig sey, können wir daher beweisen, weil Verzug in der Be-

d) *L. 88. ff. de verbor. obl.* Mora rei fideiussori quoque nocet. — *L. 24. §. 1. ff. de usur.* Cum reus moram facit et fideiussor tenetur.

Bezahlung, und Verlängerung des Zahlungstermins, nothwendiger Weise auf einander Bezug haben, und so aus einander folgen. Denn nur derjenige ist im Verzug, der zu der bestimmten Zeit nicht bezahlet, und derjenige, der diesen Verzug zuläßt, verlängert den Zahlungstermin; es läßt sich deswegen auch letzters ohne ersters nicht gedenken, da, wenn die Bezahlung zur festgesetzten Zeit geschiehet, gar kein Verzug eintritt.

§. 9.

Es läßt sich zwar hiergegen anführen, daß das, was wir in vorhergehendem §. gesagt haben, nur dann statt finde, wenn der Gläubiger den Schuldner an die Bezahlung erinnert, dieser aber solche nicht geleistet, und darauf der Gläubiger demselben weitre Nachsicht gegeben habe; daß alles das aber in dem Falle wegfalle, wo der Zahlungstermin ohne geschehene Erinnerung des Gläubigers abgelaufen, und dieser stillschweigend dem Schuldner eine weitre Frist verstattet habe; denn da hier keine Anmahnung geschehen, falle auch aller Verzug von Seiten des Schuldners weg. — Aber dieser Einwurf ist ganz unbedeutend. Einmal ist, um den Schuldner in Verzug zu setzen, es einerley, ob derselbe gemahnt worden ist, oder nicht; denn ein Verzug ist immer da, wenn das nicht geleistet wird, was geleistet werden muß, und kömmt es nur darauf an, ob einer berechtiget

sey,

sey, von dem andern etwas zu fordern, keinesweges aber, daß er wirklich solches gefordert habe e). Fürs zweyte, wenn man auch zugeben wollte, daß hier eine Anmahnung nöthig sey, so kann man doch wol nicht behaupten, daß solche von Seiten des Gläubigers müsse geschehen seyn, indem bekannt ist, daß bey allen solchen zu einer gewissen bestimmten Zeit zu leistenden Verbindlichkeiten, dann, wenn solche nicht erfüllet werden, die Regel eintrit: *lex interpellat pro homine:*

§. 10.

Wir haben schon in dem §. 4. zum Beweise unsrer Meinung uns auf die natürliche Billigkeit bezogen; allein ist es nicht hart für den Bürgen, der zum Besten des Schuldners sich einer so großen Gefahr blos stellet, daß dieser so strenge behandelt wird, besonders da es immer möglich ist, daß der Schuldner während der ihm weiter verstatteten Zahlungsfrist, in Abfall seines Vermögens kommen könne? Aber so gut dies seyn kann, eben so gut ist es auch möglich, daß ein Schuldner in bessere Vermögensumstände gerathen könne. Und dann lassen auch die Gesetze dem Bürgen nicht ohne alle Hülfe; sie geben ihm, wenn er entweder schon lange in der Bürg-

e) *L.* 88. *ff. de reg. iur.* Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.

Bürgschaft gestanden hat, oder der Schuldner anfängt, seine Güter zu verschwenden, das Recht, auf die Befreiung seiner Bürgschaft zu bestehen f); ja er kann den Gläubiger immer zum klagen auffordern g), und so auf mehr als eine Art gegen alle zu besorgende Nachtheile sich schützen.

§. 11.

Wir könnten hier leicht noch mehrers zum Beweise unsrer Meinung anführen, allein dies scheinet uns um so mehr überflüssig zu seyn, da theils die von uns angeführten Gründe die Wahrheit unsrer Behauptung außer Streit setzen, theils aber auch die Gründe, deren man sich ferner noch bedienet, in der That so beschaffen sind, daß wenig oder nichts durch dieselbe erwiesen wird. Eben für so überflüssig halten wir es auch, der entgegenstehenden Gründe zu erwähnen und sie zu widerlegen, da einem jeden, wenn er nur das erwägt, was wir hierüber gesagt haben, die Schwäche derselben bald einleuchten wird.

§. 12.

Es wird unsern Lesern nicht unangenehm seyn, wenn wir hier die in dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten enthaltne Entscheidung, in wie fern nemlich der Bür-

f) L. 38. §. 1. ff. mand. L. 10. C. eod. tit.
g) L. 20. ff. de fideiuss.

Bürge, durch die dem Hauptschuldner verstattete Zahlungs-Frist von seiner Verbindlichkeit befreiet werde, einrücken. In dem 1. Th. Tit. 14. §. 316. und folgenden ist deshalb verordnet:

Hat jemand für eine Forderung, die an einem gewissen Termine zahlbar ist, ohne für die Dauer der Bürgschaft selbst eine gewisse Zeit zu bestimmen, sich verpflichtet: so ist er befugt, nach Ablauf des Zahlungstermins, den Gläubiger dahin anzuhalten, daß er die Schuld einklage, oder ihn der fernern Bürgschaft entlasse. — Hat aber der Bürge sich dieses Rechts nicht bedienet, so wird er dadurch, daß der Gläubiger dem Hauptschuldner Nachsicht gegeben hat, von seiner Verbindlichkeit noch nicht frey. — Hat sich jemand, ohne die Dauer der Bürgschaft zu bestimmen, für eine Forderung, die erst nach vorhergegangner Aufkündigung zahlbar, oder sonst an keinem gewissen Termin fällig ist, verpflichtet: so dauret seine Verbindlichkeit so lange, als das Recht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner. — — Doch kann ein solcher Bürge gegen den Gläubiger, auf Belangung des Hauptschuldners, oder Entlassung von der Bürgschaft, unter eben den Umständen antragen, unter welchen er den Hauptschuldner zu seiner Be-

freiung davon anzuhalten berechtiget ist. — Hat jemand eine Bürgschaft nur auf eine gewisse bestimmte Zeit für ein Dahrlehn übernommen: so erlöscht dieselbe, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner nicht spätestens am dritten Tage nach Ablauf dieser Zeit belangt, oder die Klage nicht fortgesetzt hat. — Wohnt jedoch der Gläubiger außerhalb des Orts, wo das Gericht, bey welchem die Klage angestellet werden soll, seinen Sitz hat: so kommt ihm, außer dieser dreytägigen Frist, auch noch diejenige zu statten, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Posten erforderlich ist, ehe die Klaganmeldung bey dem Gerichte eintreffen kann. — Hat jemand eine Bürgschaft nur auf eine gewisse bestimmte Zeit für eine Verbindlichkeit übernommen, welche, wie die Amtspflicht, ihrer Natur nach fortwährt, oder deren Erfüllung sonst an keinen gewissen Tag gebunden ist: so endiget sich die Verpflichtung des Bürgen mit dem Ablauf der bestimmten Zeit. — Nach dem Ablauf dieser Zeit ist der Bürge befugt, den Berechtigten aufzufordern, daß er ihn entweder der Bürgschaft entlasse, oder gegen den Verpflichteten rechtlich ausführe: das und was ihm dieser in Ansehung des Vergangnen zu leisten, oder zu erstatten habe. — — Zögert der Berechtigte damit; so kann der Bürge auf richterliche

liche Bestimmung eines den Umständen angemessenen Zeitraums antragen, binnen welchen der Berechtigte seine Ansprüche an den Verpflichteten gerichtlich ausführen, oder gewärtigen müsse, daß der Bürge seiner Bürgschaft für entlassen geachtet werde. — — Ist der Bürge entlassen, so darf er Leistungen und Defekte des Hauptverpflichteten, wenn auch dieselbe aus den Zeiten, für welche die Bürgschaft geleistet war, herrühren, nicht vertreten. — So lange aber der Bürge noch nicht entlassen ist, haftet er für alle aus der Zeit seiner Bürgschaft sich herschreibenden Leistungen und Defekte. — — Gegen diese Verhaftung kommt es ihm nicht zu statten, wenn gleich der Hauptverpflichtete quittiret worden wäre: in so ferne nur der Berechtigte, auch nach ertheilter Quittung, Ausstellungen zu machen befugt ist.

306. Meditation.

Die *L.* 27. *ff. de reb. credit.* geht auch auf Dörfer und andre Gemeinheiten.

§. 1.

In der *L.* 27. *ff. de reb. cred.* heißt es: *civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.* Nach diesem Gesetze muß also ein Gläubiger, wenn er entweder nicht mit der Stadt selbst a), oder mit denjenigen, die dieselbe repräsentiren b), oder mit demjenigen, der zur Aufnahme eines Dar-lehns

a) Man sagt, daß eine ganze Stadt kontrahiret habe, wenn alle Bürger derselben verabladet sind, und wenigstens $\frac{2}{3}$ derselben zur Aufnahme des Darlehns ihre Einwilligung gegeben haben, wobey es aber nicht darauf ankommt, ob die Einwilligung entweder ausdrücklich oder still-schweigend ertheilt worden ist. So würde z. B. eine stillschweigende Einwilligung darin lie-gen, wenn von dem aufgenommenen Kapital aus der Stadt-Kasse einige Jahre Zinsen be-zahlet wären.

b) *Mevius* part. 8. dec. 162.

lehns für die Stadt besonders bevollmächtiget ist c), auf den Fall, wenn ihm bey Zurückforderung des Darlehns die Einrede der nicht geschehenen nützlichen Verwendung entgegengesetzt wird, beweisen, daß solches Darlehn wirklich zum Nutzen der Stadt verwendet worden sey. Da dieser Beweis der nützlichen Verwendung vielen Schwierigkeiten unterworfen ist: so thut ein Gläubiger wohl, wenn er zur Erleichterung dieses Beweises in der Schuldverschreibung anführen läßt, zu welchem Endzweck das Geld verwendet worden. Von diesem Beweise kann sich aber der Gläubiger keinesweges los machen, wenn gleich in der Schuldverschreibung jene Einrede sollte mit gesagt seyn. d).

§. 2.

Jenes im Anfange des vorigen §. angeführte Gesetz redet nun zwar blos von Städten, allein da der Grund desselben eben so gut auf Dörfer und andre Gemeinheiten, die ihren eignen Vorsteher haben, paßt, so haben auch die Rechtsgelehrten e) mit Recht behauptet, daß das, was hier in Ansehung der Städte verordnet ist, auch bey diesen statt finden müsse. Daß nun

c) *Mevius* part. 5. dec. 384.

d) *Wernher* part. 1. obs. 162.

e) *Schilter* prax. iur. rom. ex. 22. §. 53. *Struv* ex. 16. §. 20. *Stryk* V. M. Tit. de reb. cred. §. 26. *Leyser* sp. 131. ar. 1.

nun auch ein solcher Schluß richtig sey, lehrt uns theils die *L. 1. §. 1. ff. quod cuiuscunque univ. nom.* f) theils die *L.* 15. und 17. *ff. de verb. sign.* g) aus welcher letztern erhellet, daß die Gesetze da, wo sie von den Rechten anderer Gemeinheiten reden, sich oft blos des Worts *civitas* bedienen.

§. 3.

Es konnte daher einem Gläubiger, der einer Dorfschaft auf die bloße Handschrift des Vorstehers desselben ein Kapital vorgeschossen hatte, nichts helfen, wenn er zur Abwendung des Beweises der nützlichen Verwendung des Anlehns behauptete, daß hier jene *L. 27. ff. de reb. cred.* nicht statt finde, weil er nicht ausdrücklich von Dörfern rede, und auch ganz andre

f) Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine: proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem tanquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur.

g) Bona civitatis abusive publica dicta sunto sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt. — Inter publica habemus non sacra nec religiosa, nec quae publicis usibus destinata sunt, sed si qua sunt civitatum, velut bona, sed pecunia servorum civitatum procul dubio publica habentur.

dre Rechte die Städte, ganz andre die Dörfer hätten. Denn ob gleich leztres in manchen Stücken wahr ist, da nemlich, wo die verschiedene Verfassung und Verhältnisse derselben gegen einander es mit sich bringen, so sind doch in diesem Stücke beyde einander gleich, und muß daher das, was hierin bey einem Recht ist, es auch bey dem andern seyn.

---

307. Meditation.

Die *L. 27. ff. de reb. cred.* geht nicht auf andre mit einer Stadt geschlossene Kontrakte.

§. 1.

In der vorhergehenden Meditation haben wir den Fall bestimmt, in welchem ein Gläubiger zu beweisen verbunden ist, daß das, einer Stadt oder andern Gemeinden vorgeschossene Kapital, auch zu deren Nutzen verwendet sey. Das Gesetz, welches diesen Beweis der nützlichen Verwendung fordert, redet, wie der Inhalt desselben deutlich lehret, blos allein von einem

Derlehn, und da wir kein Gesetz finden, wo bey andern, mit einer Stadt geschlossenen, Kontrakten ein solcher Beweis von den Kontrahenten gefordert wird; so würde es auch in der That hart und unbillig seyn, einen Kontrahenten mit einem solchen Beweise belasten zu wollen a), zumal da, wie bekannt, Städte und andre Gemeinheiten Rechte der Minderjährigen haben, diese aber bey keinem andern Kontrakt, außer dem Darlehn, den Beweis der geschehenen nützlichen Verwendung, von dem Gläubiger fordern können.

§. 2.

Es giebt indessen aber doch Rechtsgelehrte b), die jenes Gesetz auf alle andre Kontrakte ausgedehnt wissen wollen. Andre Rechtsgelehrte c) lassen zwar eine solche unbestimmte Ausdehnung nicht zu, sondern machen hiebey den Unterschied: ob der

a) *Mascard* de probat, concl. 1166. nr. 19. *Berlich* decis. part. 3. dec. 302. *Stryk* V. M. Tit. de reb. cred. §. 42. et in Caut. Contr. Sect. 1. Cap. 3. §. 16. *Berger* Oec. iur. lib. 3. Tit. 2. th. 2. not. 2.

b) *Born* de condict. cert. ex mut. ex contractu administr. contra civit. competente cap. 7. §. 1.

c) *Pistor* qu. iur. lib. 1. qu. 37. nr. 29. *Heigius* qu. iur. qu. 34. nr. 8. *Carpzov* part. 2. const. 6. def. 20. *Struv* ex. 16. §. 23. *Leyser* spec. 131. med. 1.

der, mit einer Stadt geschlossene Kontrakt, entweder nur blos den Nutzen dessen betrift, der mit der Stadt kontrahiret hat, oder den Nutzen beyder. In dem erstern Falle glauben sie, daß die nützliche Verwendung müsse bewiesen werden, nicht aber in dem letztern. Weil aber dieser gemachte Unterschied nirgends gegründet ist, so brauchen wir uns hiebey nicht aufzuhalten.

§. 3.

Daß nun aber die *L. 27. ff. de reb. cred.* auch auf andere Kontrakte erstrecket werde müsse, dies sucht man aus dem *cap. 1. X. depos.* und *C. 4. X. de fideiuss.* zu beweisen.

Ehe wir nun zeigen, daß jene Meinung in diesen beyden Kapiteln gar nicht gegründet sey, wollen wir solche hier einrücken. Das erste enthält folgendes: *gravis illa querimonia usque ad nos super deposito tuo, tibi hactenus denegato, pervenit. Cum enim non constet, pecuniam tuam, quam ille vir Belial furatus est, in Ecclesiae utilitatem conversam, non debemus de iure contra Canonicos eiusdem Ecclesiae praecise intentare iussionis instantiam, ut tibi eandem reddant pecuniam, personae non Ecclesiae demandatam.* Und letzters: *quod quibusdam Religiosis a sede apostolica est prohibitum, volumus et mandamus ad universos extendi: ne quis videlicet Religiosus absque maioris partis Capituli et Abbatis sui licentia pro aliquo fideiubeat, vel ab aliquo pecuniam mutuam accipiat, ultra summam communi*

muni providentia constitutam, alioquin non teneatur Conventus pro his aliquatenus respondere, nisi forte in utilitatem domus ipsius manifeste constiterit redundasse. Et qui contra istud statutum venire praesumserit, graviori disciplinae subdatur.

§. 4.

Beyde Kapitel beweisen aber das gar nicht, was man daraus beweisen will. Das *C. 1. X. dep.* redet von dem Falle, da einer bey einem Geistlichen Geld deponiret hatte, welches nachher war gestohlen worden. Daß hier nun die Kirche dem Deponenten zu nichts verpflichtet seyn konnte, war ganz natürlich, indem ja bey ihr das Geld nicht deponiret war: es konnte daher die Kirche nicht weiter dem Deponenten verbunden seyn, als in so weit die deponirten Gelder in ihren Nutzen verwendet waren. Ganz anders aber würde es gewesen seyn, wenn die Gelder bey der Kirche selbst wären niedergelegt worden.

§. 5.

Eben so verhält es sich auch mit dem C. 4. *X. de fideiuss.* Nach diesem Kapitel wird den Geistlichen verboten, sich ohne vorhergegangene Einwilligung des Kapitels und des Abts zu verbürgen, und so auch nicht über die festgesetzte Summe, Gelder leihbar aufzunehmen. Wird dieser Verordnung nun nicht nachgekommen, so soll, wie weiter gesagt wird, der Konvent zu nichts

nichts verbunden seyn, es wäre denn, daß die aufgenommenen Gelder in den Nutzen des Konvents wären verwendet worden. Dies letztre schränken wir nur blos auf das Darlehn ein, denn einmal ist der Fall, daß aus einer von einem Geistlichen übernommenen Bürgschaft der Konvent Nutzen haben solle, nicht denkbar; fürs zweite ist auch den Geistlichen, besonders aber den Ordensgeistlichen, denen alle Disposition über das Ihrige genommen ist, die Bürgschaft durch Gesetze verboten.

308. Meditation.

Der auf einer gekauften Sache, vor Uebergabe derselben von dem Verkäufer, oder einem Dritten gefundne Schatz, gehöret nicht dem Käufer.

§. 1.

Verborgene Schätze gehören, wie bekannt, nicht unter irgend eine Art von Früchten a), sondern sie werden vielmehr als ein ganz abgesondertes Stück von der Sache, worauf sie gefunden worden, betrachtet b). Findet daher ein

a) *L. 7. §. 12. in f. ff. solut. matr. dos quemad. pet.* non magis quam si thesaurus fuerit inventus, in fructum enim non computabitur. *Carpzov* part. 2. const. 53. def. 6. nr. 3.

b) *L. 3. §. 3. ff. de adquir. vel amit. poss.* Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero: quia quod desit naturali possessioni id animus implet. Caeterum quod Brutus et Manilius putant, eum qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse quamvis nesciat in fundo esse, non est verum, is enim, qui nescit, non possi-

ein Dritter oder der Verkäufer selbst einen Schatz auf dem verkauften Grundstück, doch ehe er es dem Käufer übergeben hat, so kann sich dieser den Schatz nicht zueignen, sondern der Verkäufer behält den gefundnen Schatz ganz, wenn er ihn nemlich selbst findet, oder wenn er von einem Dritten von ungefähr gefunden ist, wird er unter dem Finder und Verkäufer getheilt.

§. 2.

Ehe wir zum Beweise dieses Satzes übergehen, wollen wir hier einen Fall anführen, der eine nähere Untersuchung hierüber veranlaßte.

Titius hatte dem Kajus seinen Garten verkauft, bey welchem Kauf beyde ausgemacht hatten, daß sechs Wochen nach geschlossenem Kauf der Garte dem Käufer übergeben werden sollte. In diesem Garten stand ein von Steinen aufgemauertes großes Gartenhaus, worin unter mehrern Zimmern, die sich in demselben befanden, eines mit ledernen Tapeten ausgeschlagen war. Diese Tapeten hatte sich der Ver-

possidet thesaurum, quamvis fundum possideat, sed etsi sciat non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra; quibus consentio.

Verkäufer vorbehalten. Als dieser nun die Tapeten losschlagen ließ, entdeckte er hinter denselben ein in die Mauer eingemauertes Schrank, bey dessen Eröfnung er einen Beutel mit vielen alten Gelde sowol Gold als Silbermünze fand. Auf dieses gefundne Geld nun machte der Käufer Anspruch, und wurde daher unter beyden darüber: ob der Käufer mit Recht diesen Schatz fordern könne? gestritten.

§. 3.

Nachdem wir dieses vorausgesetzt haben, wenden wir uns zu dem Beweise unsers Satzes. Dieser Beweis ist auch in der That nicht schwer; denn wir müssen zugeben, daß der Verkäufer vor der Übergabe der verkauften Sache noch immer Herr davon ist, wie dies die Gesetze deutlich entscheiden c); daß ferner nur der Eigenthümer den von ihm auf seinem Grundstück gefundenen Schatz, sich zueignen kann d), und daß endlich verborgene Schätze zu keiner Art von Früchten und Nutzungen können gerechnet werden,

c) §. 3. *in fin. J. emt. vend.* — — qui nondum rem tradidit, adhuc ipse dominus est, Conf. *L.* 40. ff. et 8. *C.* de act. emt. vend.

d) §. 39. *J. de rer. divis.* Thesauros quos quis in loco suo invenerit *Divus Adrianus* naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui eos invenerit. *Conf. L. un. C. de thesaur.*

werden; so folgt auch schon von selbst, daß der Käufer, ehe ihm die Sache übergeben ist, auch keinen gegründeten Anspruch auf den darauf gefundenen Schatz machen könne. e).

§. 4.

Wir haben schon gleich Anfangs erinnert und durch die deutlichsten Verordnungen der Gesetze erwiesen, daß verborgne Schätze nicht unter die Nutzungen und Früchte der Sache gehören, worauf sie gefunden werden. Dadurch ist also schon der Einwurf der Gegner f) widerlegt, daß nemlich nach einem vollkommen geschlossenen Kauf, so wie aller Schade, also auch aller Vortheil dem Käufer zufalle g). — Wir können die Richtigkeit dieses Satzes immer eingestehen, ohne dadurch der gegenseitigen Meinung bey-

e) *Mantica* de tacit. et amb. conv. lib. 4. tit. 16. nr. 52. *Christinaeus* decis. Vol. 1. dec. 399. *Struv* ex. 23. §. 103. *Lauterbach* Colleg. th. pr. tit. de act. emt. vend. §. 36. *Cocceji* J. C. eod. tit. qu. 15.

f) *L. 1. C. de peric. et com. rei vend.* Post perfectam venditionem omne commodum, quod rei venditae contingit, ad emtorem pertinet. *Conf. L. 7. ff. eod. tit.* §. 3. *J. de emt. vend.*

g) *Klock* de aerario lib. 2. cap. 16. nr. 14. seq. *Böhmer* introd. in ius dig. Tit. de peric. et comm. rei vend. §. 11.

beyzupflichten. Denn nur in so weit zieht der Käufer vor der Uebergabe allen Vortheil aus der gekauften Sache, in so weit dieser Vortheil von der Sache selbst herrühret und mit ihr Gemeinschaft hat. Beydes aber kann man, nach den oben angeführten Gesetzen, von einem Schatze nicht sagen, und eben deswegen ist jenes Argument hier gar nicht anwendbar.

§. 5.

Eben so wenig würde der Käufer auch aus dem Grunde einen Anspruch auf den Schatz machen können, wenn er behaupten wollte, daß der Verkäufer ihm, da er das Gruudstück mit allem Zubehör gekauft habe, auch den gefundenen Schatz mit überliefern müßte, und das auch dann, wenn er ihn auch gleich vor der Uebergabe der gekauften Sache gefunden hätte. —— Dieser Grund würde alsdenn nur was bewürken, wenn es wahr wäre, daß verborgne Schätze ein Annexum oder Zubehör eines Grundstücks ausmachten, allein dieses thun sie auch nicht.

§. 6.

Weiter läßt sich auch eben so wenig behaupten, daß, da alles mit verkauft worden sey, auch die Schätze mit darunter begriffen seyn müßten. Jeder Verkäufer ist nur schuldig, dem Käufer das zu übergeben, worüber sie den Kauf und Verkauf geschlossen haben. Ist aber wol, was den gefundenen Schatz betrift, in dem Kontrakt dar-

darüber was ausgemacht? und ist dieses nicht; so kann auch der Verkäufer, vermöge seines vor der Uebergabe noch habenden Eigenthums, sich desselben mit Recht allein anmaßen h).

§. 7.

Außer diesen angeführten Gründen, giebt es noch andre, die für die gegenseitige Meinung noch angeführt werden, die wir hier also auch nicht, ob sie gleich von weniger Erheblichkeit sind, übergehen dürfen. Besonders berufet man sich auf die *L. 67. ff. de rei vindic.* worin dieser Fall entschieden wird. Es hatte nemlich jemand von einem Vormund ein Haus gekauft, und einem Schmidt solches auszubessern aufgetragen: dieser fand nun Geld in diesem Hause, und es entstand die Frage, wem dieses gefundne Geld gehöre? Diese Frage beantwortet Scävola dahin, daß, wenn es kein Schatz, sondern etwa verlohrnes Geld sey, oder welches der Eigenthümer aus Vergessenheit habe liegen lassen, so gehöre es dem Eigenthümer i). Aus dieser

 Ent-

h) In dem allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten Th. 1. Tit. 9. §. 99. heißt es. So lange ein verkauftes Grundstück dem Käufer noch nicht übergeben ist, hat der Verkäufer das Recht des Eigenthums auf einen in der Zwischenzeit entdeckten Schatz.

i) A tutore pupilli domum mercatus: ad eius refectionem fabrum induxit; is pecuniam invenit.

Entscheidung des Scävola ziehen sie den Schluß, wenn dieses gefundne Geld ein Schatz gewesen wäre, so würde er auch halb dem Finder, und halb dem Käufer zuerkannt seyn.

§. 8.

Unbeschadet unserer Meinung können wir die Richtigkeit dieses Schlusses zugeben; nur fragen wir hiebey: ob dieser Fall denn auch mit dem unsrigen würklich übereinstimme, und ob dem Käufer damals, wie dieses Geld gefunden worden ist, nicht bereits das Haus übergeben gewesen sey? Kann dieses gegenseits nicht erwiesen werden; so fällt auch aller Grund, den man zum Beweise aus jenem Gesetze nimmt, völlig über den Haufen.

Wäre schon damals, und dies sagt das Gesetz deutlich, dem Käufer das Haus übergeben, wie der Schatz gefunden wurde, so hätte dieser auch keinem andern als dem Käufer können zuerkannt werden, da er nunmehr der wahre Eigenthümer davon war, worin wir also mit der Gegenseite völlig übereinstimmen.

§. 9.

Daß aber dieses Gesetz von dem Falle rede, da das verkaufte Haus dem Käufer bereits würklich

venit. Quaeritur ad quem pertineat? Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertine-

lich übergeben war, ist aus mehr als einem Grunde zu schließen. Einmal ist es ganz gewöhnlich, daß, wenn man schlechtweg von einem Kauf redet, man darunter so viel versteht, daß die verkaufte Sache dem Käufer übergeben ist. Fürs zweite waren, so wie das Gesetz sagt, von dem Käufer schon würklich Besserungen an dem Hause vorgenommen, woraus leicht abzusehen ist, daß hier der Verkäufer nicht mehr im Besitz gewesen seyn müsse. Daß man dies letztere hier annehme, ist wenigstens der Natur der Sache weit angemessener, als wenn man, wie man gegenseits thut, behauptet, daß damals das Haus dem Käufer noch nicht übergeben gewesen sey.

§. 10.

Endlich will man noch die gegenseitige Meinung aus der *L.* 63. §. 4. *ff. de adquir. rer. dom.* k) analogisch erweisen. In diesem Gesetze wird gesagt, daß, wenn ein Gläubiger auf seiner unterhabenden Hypothek einen Schatz finde, dieser halb dem Herrn der Sache zugehöre, und halb dem Gläubiger als Finder. Hieraus folgert man nun, wenn der Verkäufer vor der

tinebat, non ablata, nihilominus eius eam esse, cuius fuerat.

k) Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse, partem itaque sibi, partem debitori praestabit.

geschehenen Uebergabe die verkaufte Sache mehr wie ein Pfandinhaber, als wie ein wahrer Herr besitzt l), so müsse auch hiernach dem Käufer der gefundene Schatz zufallen.

§. 11.

Es ist zwar wahr, daß in dem Falle, wenn der Käufer die Kaufsumme noch nicht bezahlet hat, der Verkäufer zu seiner Sicherheit die Sache behalten könne. Allein es bleibt doch immer ein wesentlicher Unterschied unter einem hypothekarischen Gläubiger und einem Verkäufer, der die Sache noch nicht übergeben hat, und kann deswegen auch das, was die Gesetze bey jenem festsetzen, nicht auf diesen ausgedehnt werden. Denn der Verkäufer ist vor der Uebergabe noch würklicher Herr von der Sache, der hypothekarische Gläubiger ist das aber nicht. Da nun der wahre Herr und Eigenthümer sich einen Schatz eigen macht, der Pfandgläubiger dieses aber nicht ist, so konnten ihm auch die Gesetze den, auf der unterhabenden Hypothek gefundnen, Schatz nicht zueignen. Wir sehen hieraus, wie schwach jener Grund ist, und wie ungeschickt von einem so ungleichen Falle, eine gesetzliche Entscheidung auf gegenwärtigen genommen werde.

l) *L.* 13. §. 8. *ff. de act. emt. vend.* — venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. *Conf. L.* 31. §. 8. de aed. edict. *L.* 22. ff. de hered. vel act. vend.

309. Meditation.

Ein mündliches mystisches Testament ist ungültig.

§. 1.

Kajus hatte in Gegenwart sieben Zeugen ein mündliches Testament gemacht, und statt den Nahmen, des von ihm eingesetzten Erben, den Zeugen zu sagen, sich dieser Worte bedient: den Nahmen meines zukünftigen Erben hab ich auf einen versiegelten Zettel geschrieben, welcher sich nach meinem Tode in meinem Schreibpulte und zwar in der mit No. 3. bezeichneten Schublade finden wird. Nach erfolgtem Absterben des Kajus, fand sich auch würklich an dem bezeichneten Orte ein versiegelter Zettel, in welchem, nach dessen Eröffnung, nichts weiter geschrieben stand, als: Titius ist mein einziger Erbe. — Dieses Testament wurde nun von den Intestaterben als ungültig angefochten, und darüber entstand zwischen diesen, und dem Testamentserben ein weitläuftiger Prozeß, der bald zum Besten der Intestaterben, bald zum Besten des Testamentserben entschieden wurde, so daß endlich beyde Theile, nachdem sie lange Jahre sich mit ein-

einander herum gestritten hatten, durch einen Vergleich des Prozesses ein Ende machten.

§. 2.

Daß nun bey einem schriftlichen Testamente eine mystische Erbeinsetzung zulässig sey, und solche der Gültigkeit des Testaments nicht schade, ist außer allem Zweifel. Aber daß dies eben so-wol bey mündlichen Testamenten statt finde, dar-an haben wir vielen Grund zu zweifeln a). Der Begrif, den man mit einem mündlichen Testa-mente verbindet, beweiset schon die Wahrheit unsrer Behauptung. Denn da hier der Erblas-ser seine letzte Willensmeinung den Zeugen mündlich eröfnet, so muß er auch, da die Erb-einsetzung ein wesentliches Stück eines jeden Te-staments ist, seinen Erben den Zeugen nennen.

§. 3.

Aber auch selbst die Gesetze erfordern es, daß bey einem mündlichen Testamente der Nah-me des Erben den Zeugen genannt werde; denn so enthält die *L. 21. pr. ff. qui test. fac. poss.* ganz deutlich: *heredes palam, ita ut exaudiri possint, nun-*

a) *Manzius* de testam. valid. et inval. Tit. 4. qu. 2. nr. 9. *Faber* error. prag. part. 3. dec. 59. *Stryk* V. M. Tit. qui test. fac. poss. §. 21. *Böhmer* intr. in ius dig. eod. tit. §. 34. *Schaumburg* de testamento nuncupativo. *Walch* introd. in contr. iur. civ. Sect. 2. cap. 4. memb. 3. §. 9.

nuncupandi sunt. Licebit ergo testanti, vel nuncupare heredes, vel scribere: sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam! non utique in publicum, sed ut exaudiri possit: exaudiri autem non ab omnibus sed a testibus, et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solemnem numerum exaudire, und die L. 29. C. de testam. *Sin autem forsitan ex morbi acerbitate vel litterarum imperitia hoc facere minime potuerit: testibus testamenti praesentibus nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari, ut omnino sciant testes, qui sint scripti heredes: et ita certo heredis nomine successio procedat.*

§. 4.

Beyde Gesetze, wie wir gleich bey Anführung der gegenseitigen Gründe näher zeigen werden, unterstützen unsre Meinung aufs stärkste. Zu diesem kommt nun, daß selbst in der Notariatsordnung von 1512. Tit. 2. §. 8. jenes Erforderniß bey einem mündlichen Testamente ausdrücklich vorgeschrieben worden ist. Es heißt daselbst: aber die Form eines Testaments, das *nuncupativum* genannt wird, ist also: daß der, oder die, so das Testament machen will, des oder deren, so er sie zu Erben haben, und des oder deren, denen er etwas verschaffen oder verlassen will, Nahmen und was er in Testament begriffen haben wollte, vor sieben Zeugen, die dazu berufen und gebeten seyn sollen,

öffentlich und klärlich benannt und ausgedrückt wird.

§. 5.

Hält man hiegegen nun die Gründe, welche von den, der gegenseitigen Meinung zugethanen, Rechtsgelehrten b) angeführet werden, so wird uns die Schwäche derselben bald einleuchten müssen.

Man sagt, es sey kein Unterschied, ob der Erblasser in einem schriftlichen Testamente sich in Ansehung seines Erbens auf einen Zettel beziehe, oder ob er solches bey einem mündlichen Testamente thue; denn dadurch werde eben so gut die gesetzliche Vorschrift, daß der Erbe den Zeugen öffentlich (palam) genannt werden müsse, erfüllet; indem alles das, was in Beziehung auf eine gewisse Sache geschehe, den Gesetzen c) nach für öffentlich geschehen, gehalten würde. Sodann würde weiter in den Gese-

b) *Brunnemann* ad *L.* 77. ff. de hered. inst. *Schilter* ex. 38. §. 43. *Ludovici* Vsus pract. distinct. Tit. qui test. fac. poss. dist. 2. *Leyser* sp. 351. m. 1. *Bastineller* de testamentis mysticis.

c) *Arg. L.* 6. *ff. de reb. cred.* Certum est cuius species, vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur: nam et Pedius libro primo de stipu-

setzen d) eine solche mystische Erbeinsetzung für hinlänglich gehalten, und dies müsse auch um so mehr seyn, da dem rechtlichen Grundsatze gemäs, die Beziehung auf eine Sache eben so viele Würkung habe, als wenn sie mit Nahmen genennet werde e).

§. 6.

Es ist nicht schwer, diese hier zusammengezogne gegenseitige Gründe zu widerlegen.

Daß hier allerdings in diesem Falle ein Unterschied zwischen einem schriftlichen, und einem mündlichen Testamente sey, ist schon aus obigem klar. Die *L.* 29. *C. de testam.* erfordert es schlechterdings, daß den Zeugen der Nahme des Er-

stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent.

d) *L.* 9. §. 8. *ff. de hered. inst.* Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio. *Conf. L.* 77. *ff. eod. tit. L.* 38. *ff. de cond. et demonst. L.* 25. *ff. de reb. dub.*

e) *L.* 34. *ff. de cond. et demonstr.* — Demonstratio plerumque vice nominis fungitur, nec interest vera an falsa sit, si certum sit quem testator demonstraverit.

Erben genannt werde, und sie will, daß die Zeugen wissen sollen, wer zum Erben ernannt sey. Beydes aber geschiehet nicht, wenn der Erblasser sich auf einen schriftlichen Zettel bezieht, ja die von uns angeführte Notariatsordnung ist so klar, daß dieselbe keiner weitern Erleuterung bedarf.

§. 7.

Unbedeutend ist daher die Erklärung, die hier die Gegenseite von dem Worte *palam* aus der *L. 6. ff. de reb. cred.* macht. Was hier unter dem Worte *palam* müsse verstanden werden, sagt die *L. 21. ff. qui testam. fac. poss.* Hiernach ist *palam* nicht das, was das ganze Publikum weiß, sondern was der Erblasser seinen Zeugen gesagt hat; was er diesen nun aber sagen müsse, das lehrt sowol dieses Gesetz, als auch die *L. 29. C. de testam.* Ueberdem beweiset sowol die *L. 3.* als *40. ff. de iure fisci,* daß das nicht für öffentlich *(palam)* hinterlassen gehalten werden könne, was in Beziehung auf eine andre Sache hinterlassen ist. Nach dem ersten Gesetze hatte jemand in sein Testament gesetzt: *vos rogo, ut in eo, quod a vobis petii, fidem praestetis, perque Deum, ut faciatis rogo;* und als Julian gefragt wurde, ob dies *palam* hinterlassen sey, antwortet er: *non apparere, quid ab heredibus ex huiusmodi verbis petitum est.*

Und eben so wird auch der, in dem zweyten Gesetze angeführte, Fall entschieden. Es hatte nem=

nemlich der Erblasser unter den Worten: *rogo, fundum Titio des, de quo te rogavi,* seinem Erben ein Fideikommis auferlegt; Paulus aber, dem dieser Fall vorgelegt ist, antwortet: *non est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est.* Aus allen diesen ist also auch ersichtlich, daß hier die Regel: *demonstratio vice nominis fungitur:* gar nichts verschlage, sondern daß, und welches auch das sicherste ist, der Erbe bey einem mündlichen Testamente den Zeugen namentlich genannt werden müsse.

---

310. Meditation.

Wem die Schaaftrift nur auf eine gewisse und bestimmte Anzahl Schaafe zusteht, der darf die Lämmer, so bald sie abgesetzt sind, nicht mit weiden.

§. 1.

Wir müssen uns hier einen solchen Fall denken, da jemand berechtiget ist, auf des andern Grund z. B. 300 Stück Schaafe zu weiden; kann nun ein solcher zur Schaaftrift Berechtigter, auch die

die von dieser Heerde gefallenen Lämmer auf jenem Grund und Boden mit weiden? Einige Rechtsgelehrte a) halten dafür, daß die Lämmer solange, bis sie ein Jahr alt geworden sind, mit gehütet werden können; andre b) machen, und, so wie wir glauben, mit mehrerm Grunde, zwischen den Lämmern, die noch saugen, und denen, die abgesetzt sind, einen Unterschied. Nach diesem gemachten Unterschiede werden erstre nicht mit gezählet, aber wol die leztern, welche also nicht mit geweidet werden dürfen.

§. 2.

Den rechtlichen Grundsätzen ist es gemäs, daß Servituten einschränkend müssen erkläret, und nicht weiter müssen ausgedehnt werden, als solche entweder ausdrücklich verstattet, oder durch die Verjährung erworben sind. Eben so wenig darf denn auch, wenn die Triftgerechtigkeit entweder auf eine gewisse Art, oder auf eine bestimmte Anzahl Vieh eingeschränkt ist, weder eine andere Art Vieh geweidet, noch die vorge-

schrie-

a) *Manzius* decis. Palat. qu. 27. *Brunnemann* ad *L.* 17. ff. de serv. praed. rustic. nr. 5. *Leyser* Jus Georg. lib. 2. cap. 14. nr. 52. *Berger* oecon. iur. lib. 2. Tit. 8. nr. 3.

b) *Wernher* part. 8. obs. 491. *Barth* de iur. pascendi cap. 3. §. 5. **Estors** Abh. über die Frage, wie bald die Lämmer bey einer auf die Anzahl der Schaafe eingeschränkten Trift auszuzählen sind. In dessen opusc. part. 3.

schriebne Anzahl überschritten werden, weil in beyden Fällen das mit der Servitut beschwerte Gut leiden würde c). Wenn es nun wahr ist, daß Lämmer, wenn sie, so lange bis sie ein Jahr alt sind, mit die Weide genießen, und es eben so ökonomische Erfahrungen lehren, daß Schaafe einer Weide am mehrsten schaden, so streitet die gegenseitige Meinung nicht blos wider alle Billigkeit, sondern auch wider alle rechtliche Grundsätze.

§. 3.

Man wendet zwar hiewider ein, daß einjährige Lämmer der Weide wenig schaden könnten, und also auch dadurch das mit der Servitut beschwerte Gut mit keiner größern Servitut belastet werde. Zur Unterstützung dieses Einwurfs berufet man sich ferner auf die *L.* 19. §. 7. *ff. locat.* d) und *L.* 65. §. 7. *ff. de legat.* 3. e). Nach welchem ersten Gesetze für ein, auf ei-

c) *L.* 20. §. 5. *ff. de serv. praed. urb.* — et omnino sciendum est, meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse.

d) Si quis mulierem vehendam navi conduxisset, deinde in navi infans natus fuisset, probandum est, pro infante nihil deberi: cum neque vectura eius magna sit, neque his omnibus utatur, quae ad navigantium usum parantur.

e) Ovibus legatis, agni non continentur: quamdiu autem agnorum loco sunt, ex usu cuiusque

einem Schiffe gebohrnes, Kind an Ueberfahrtsgelde nichts bezahlt wird, und nach dem letztern, Lämmer, unter der Benennung von Schaafen, nicht begriffen sind.

§. 4.

Dieser Einwurf ist aber ganz unbedeutend, und auch das, was in jenen beyden Gesetzen gesagt wird, auf diesen Fall unpassend. Gesetzt, daß einjährige Lämmer auch nicht so viel als die Schaafe von der Weide genießen; so ist es doch bekannt, daß Lämmer auch denn, wenn sie noch saugen, schon mit fressen, und daß sie, wenn sie abgesetzt sind, eben so viel als Schaafe an der Weide verzehren. Es ist daher auch die Vergleichung, die man gegenseits zwischen einem neugebohrnen Kinde, und einem Lamme in diesem Stück machen will, gar nicht adäquat, und eben so wenig auch der Schluß, den man aus der *L. 65. §. 7. ff. de leg. 3.* macht, richtig, wie einem jeden ohne weitre Ausführung von selbst einleuchten wird.

que loci sumendum est, nam in quibusdam locis ovium numero esse videntur, cum ad tonsuram venerint.

311. Meditation.

Der Verkäufer kann nicht wegen einer Läsion gegen den Käufer klagen, wenn dieser auf dem gekauften Grundstücke, nach geschehener Uebergabe, einen Schatz gefunden hat.

§. 1.

In der 308ten Meditation haben wir behauptet, das auf einen, auf der gekauften Sache vor Uebergabe derselben gefundnen, Schatz der Käufer keinen Anspruch machen könne. Ganz anders aber verhält es sich, wenn die gekaufte Sache dem Käufer schon übergeben ist. Allein wenn durch einen solchen gefundnen Schatz der Werth der Sache über die Hälfte erhöhet wird, kann denn nicht der Verkäufer wegen einer Verletzung klagen, und so einen Theil des Schatzes verlangen? Um dies deutlicher zu machen, wollen wir hier folgenden Fall annehmen. Es hat jemand ein Haus für 800 Rthlr. gekauft, in diesem findet der Käufer nach Verlauf einiger Zeit, einen Schatz von 500 Rthlr. werth, wodurch also der Werth des Hauses über die Hälfte erhöhet ist; sollte nun bey einem solchen Fal-

le der Verkäufer nicht aus der *L. 2. C. de resc. emt. vend.* klagen können?

§. 2.

Die Entscheidung dieses Falles kann um so weniger vielen Schwierigkeiten unterworfen seyn, da, wie wir schon in der oben angeführten Med. erwiesen haben, jeder Schatz als ein von der Sache, worauf er gefunden ist, ganz abgesondertes Stück muß angesehen werden, und daß er dem Herren und Eigenthümer der Sache, — welches hier unstreitig der Käufer ist, — wenn er ihn nemlich selbst findet, gehöre. — Wir können hier aber auch noch aus verschiednen andern Gründen beweisen, daß sich der Verkäufer über gar keine Verletzung zu beschweren Recht habe. Denn so oft die Frage entsteht: ob bey einem Kontrakte wegen einer Verletzung über die Hälfte geklagt werden können? muß man lediglich auf die Zeit des geschlossenen Kontrakts sehen a), und sollte auch gleich nachher der Werth der verkauften Sache steigen, so kommt das in gar keine Betrachtung. Zur Zeit des geschlossenen Kaufs, konnte man aber auf den in der Folge gefundnen Schatz keine Rücksicht in Bestimmung des wahren Werths der Sache nehmen, denn damals war er noch verborgen und nicht bekannt. Der Verkäufer kann

a) *L. 8. in fin. C. de resc. emt. vend.* — nisi minus dimidia iusti praetii, *quod fuerat tempore venditionis*, datum esset.

kann daher jetzt auch gar nicht sagen, daß er, da der Käufer durch einen glücklichen Zufall einen Schatz in dem verkauften Hause gefunden hat, in dem Werth der Sache verletzt sey.

§. 3.

Der Einwurf ist deswegen von keiner Erheblichkeit; daß doch zur Zeit des geschlossenen Kaufs schon würklich, wegen des Schatzes, der damals noch verborgen gelegen, der Werth der verkauften Sache höher gewesen sey, und daß man also auch hierauf Rücksicht nehmen müsse. Denn es ist aus dem vorhergehenden bekannt, daß ein Schatz so wenig ein Zubehör, noch ein Annexum der Sache ist, worauf er gefunden worden, und gar nicht zu ihr mitgerechnet werden kann. Der Verkäufer kann ihn daher auch gar nicht in Anschlag bringen, wenn er den Werth einer Sache schätzen lassen will, da er ihn ja zur Zeit des Verkaufs nicht als sein Eigenthum ansehen konnte, indem Schätze, so lange sie verborgen liegen, in keines Eigenthum sind b). Er kann deswegen auch nicht behaupten,

 daß

b) l. 3. §. 3. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* Caeterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse non est verum, is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat, sed etsi sciat, non capiet longa possessione, quia

daß der Käufer ihm diesen jetzigen Vortheil zu danken habe.

§. 4.

Hiedurch haben wir denn auch zugleich den Einwurf widerlegt, daß es nemlich ganz unwahrscheinlich sey, daß der Verkäufer so wolfeil die Sache würde verkauft haben, wenn er gewußt hätte, daß daselbst ein Schatz verborgen sey. Wir können dies völlig zugeben; allein wir leugnen die daraus gezogne Folge, daß es nemlich deswegen auch billig sey, daß der Käufer einen Theil des Schatzes wieder herausgebe. Ist das wahr, was wir im vorhergehenden §. gesagt haben, so wird alle Billigkeit auch hier von selbst wegfallen.

§. 5.

Dies sind die Einwürfe, die man gegen die diesseitige Meinung macht, deren Schwäche aber einem jeden leicht einleuchten muß. Wir tragen also auch Bedenken, noch mehreres hier herzusetzen, da sowol durch das, was wir hier als auch in der Med. 308 gesagt haben, sich ein jeder von der Wahrheit unsrer Meinung wird überzeugen können c).

quia scit alienum esse. *Conf. L. 31. ff. de acquir. rer. domin.*

c) *Fachinei* controv. iur. lib. 2. cap. 20. *Menochius* lib. 7. cons. 649.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Overbeck, August Wilhelm,

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 5

Braunschweig [u.a.] 1800

J.rom.m. 385 m-5
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10627114-5
VD18 80255582-001